

ANTUNES VARELA

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA
PROFESSOR HONORARIO DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

E
MEMBRO DA ACADEMIA DOS JUSPRIVATISTAS
EUROPEUS DE PAVIA (ITALIA)

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

7.ª EDIÇÃO

7.ª REIMPRESSÃO DA 7.ª EDIÇÃO DE 1997

VOLUME II


ALMEDINA

O devedor depositara uma espingarda. O tribunal entendeu que não era essa, mas uma outra (porventura de melhor qualidade), a arma devida. O devedor será condenado a entregar a espingarda devida, de nada lhe aproveitando ter depositado aquela que não devia.

SECÇÃO III

COMPENSAÇÃO*

350. *Reciprocidade de créditos.* Sucede a cada passo, na vida corrente, uma pessoa dever a outra certa quantia, por determinado título, e ser credora dela de igual ou diversa quantia, por título diferente. *A*, médico ou advogado, deve ao merceiro (*B*) duzentos contos, como preço de géneros que este lhe forneceu; o merceiro deve, por seu turno, igual importância, por serviços profissionais que o cliente lhe prestou.

Processando-se as duas relações creditórias nos termos usuais, *A* deveria entregar a *B* os 200 contos correspondentes ao preço da mercearia adquirida e *B* entregar, antes ou depois, a *A* os duzentos contos relativos a serviços clínicos ou forenses que este lhe prestou.

* VAZ SERRA, *Compensação*, 1952; *Id.*, *Algumas questões em matéria de compensação no processo*, na R.L.J., 104.º, pág. 276 e segs.; PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. aos arts. 847.º e segs.; R. VIGARAY, *El efecto automatico de la compensacion*, nos *Estudios de der. civ. en honor de C. TOBEÑAS*, IV, 1969, pág. 37 e segs.; MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, 1969; CARAVELLI, *Teoria della compensazione*, 1930; MASSIDA (FALQUI), *Compensazione*, Riv. dir. civ., 1961, VII, II, pág. 61; SCHLESINGER, *Compensazione*, *Novissimo Dig. Ital.*; RAGUSA-MAGGIORE, *Compensazione*, na *Enc. del dir.*; BORNER, *Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten*, na N.J.W., 61, pág. 1505; DIEDRICH, *Die Aufrechnungslage*, 1970, pág. 534; KEGEL, *Probleme der Aufrechnung*, 1936; MÜLLER, *Aufrechnung gegen unpfandbare Forderungen*, na J.Z., 1963, pág. 437; NIKISCH, *Die Aufrechnung im Prozess*, nos *Fests. für H. LEHMANN*, II, 1956, pág. 765; OERTMANN, *Die rechtliche Natur der Aufrechnung*, no AcP., 113, pág. 376; REINICKE, *Zur Aufrechnung mit und gegen Schadensersatzforderungen*, na N.J.W., 1959, pág. 361; STOLTZEL, *Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung*, no AcP., 95, pág. 1. e 96, pág. 234; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 12, pág. 207 e segs.

A solução, porém, que imediatamente acode ao espírito do jurista, em casos de *reciprocidade de créditos* como este, é a de os considerar extintos por *encontro de contas*, ou por *compensação* como tecnicamente se diz, para evitar às partes um duplo acto de cumprimento perfeitamente dispensável.

E o raciocínio feito para as dívidas *pecuniárias* recíprocas de *igual montante* pode ajustar-se por inteiro a outras prestações de coisas fungíveis⁽¹⁾, e aplica-se ainda, *mutatis mutandis*, a dívidas que não sejam de igual montante. Se os honorários do clínico ou do advogado forem de trezentos contos, e não de duzentos apenas, a tal solução prática recomendada pelo simples bom senso consistirá em considerar ambas as dívidas extintas no montante correspondente à de menor importância (200 contos), e obrigar apenas o merceeiro (B) a entregar à outra parte o saldo (100 contos) correspondente à diferença entre elas.

Note-se, aliás, que, além da razão tirada da simples *lei do menor esforço*⁽²⁾⁽³⁾ e assente na ideia de que ambos os devedores têm igual *possibilidade e vontade* de cumprir, uma outra consideração,

(1) É o caso de A e B terem feito certa lavoura a meias, de B ainda não ter entregue a A a quantidade de cereais a que este tinha direito, por virtude da respectiva colheita, mas de A também não ter restituído a mesma quantidade de cereais que pedira a B para uma outra sementeira.

(2) É BARBERO (*ob. e vol. cit.*, pág. 232) quem fala, a propósito da compensação (parcial) entre dívidas de desigual montante, na «lei do mínimo meio»; e também BROX (pág. 180) alude à forma como a compensação facilita a extinção das obrigações, evitando o vai-vém das prestações (*das Hin und Her der Leistungen*).

Cumprido em todo o caso ter presente que, como HECK observa (§ 60, 3), a liberação oferecida ao credor com a compensação não equivale plenamente à realização da prestação devida. Recebendo a prestação, o credor pode dar-lhe qualquer aplicação que deseje, ao passo que, com a compensação, o seu crédito é aplicado à libertação de uma dívida.

(3) A vantagem da eliminação dos pagamentos dispensáveis será particularmente significativa no caso de pessoas singulares ou sociedades que tenham frequentes relações entre si. Os múltiplos e sucessivos actos de pagamento, feitos num e noutro sentido, podem ser então substituídos por um único pagamento periódico a favor do titular do saldo.

situada em plano diferente, pode abonar também a solução da *extinção simultânea dos créditos recíprocos por meio de compensação*.

Se, no exemplo figurado, *B* estiver em risco sério de insolvência, o sistema normal de cumprimento das duas obrigações poderá dar como resultado que *A* pague integralmente a sua dívida (200 contos), e nada ou pouco venha a receber da cobrança do seu crédito. Tendo *A*, porém, a faculdade de considerar a sua dívida extinta por compensação com o crédito de que dispõe sobre o seu credor, fácil lhe será evitar a consumação desse resultado *injusto* ⁽¹⁾.

Por isso PLANIOL e RIPERT⁽²⁾ consideram que o papel da *compensação* é duplo: *simplifica* e *garante* os pagamentos. Também LARENZ⁽³⁾ põe em destacado relevo o duplo papel do instituto da *compensação*.

Noção e modalidades da compensação. A *compensação* é exactamente o meio de o devedor se *livrar da obrigação, por extinção simultânea do crédito equivalente de que disponha sobre o seu credor* ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

Logo que se verifiquem determinados requisitos, a lei prescinde do *acordo* de ambos os interessados, para admitir a extinção das dívidas compensáveis, por simples imposição de um deles ao outro. Diz-se, quando assim é, que as dívidas (ou os créditos) se extinguem por *compensação legal* (unilateral).

(1) Tendo porventura acentuadamente em vista a segunda das notas focadas no texto, escreve DIEZ-PICAZO (n.º 775) que «a raiz última da compensação, sob o ponto de vista jurídico, não se encontra tanto na simplificação das operações, nem na eliminação dos meios de pagamento dispensáveis, como no carácter *objectivamente injusto e desleal* (sublinhados nossos) do comportamento de quem reclama um crédito, sendo ao mesmo tempo devedor do demandado, pois contrário à boa fé é pedir aquilo mesmo que acto contínuo tem de ser restituído...»

(2) *Traité pratique...*, VII, n. 1281, pág. 685.

(3) *Ob. cit.*, I, 14.ª ed., § 18, pág. 255.

(4) No fundo, como DIEZ-PICAZO (n. 775) argutamente observa, trata-se de uma *mútua liberação*, total ou parcial, de duas dívidas.

(5) BROX (pág. 179), dentro do seu estilo acentuadamente sintético, define a *compensação* nestes termos lapidares: é a *extinção* (*Tilgung*) de dois créditos contrapostos, mediante uma declaração de vontade, unilateral e receptícia.

Havendo acordo das partes, a extinção pode operar-se mesmo sem a verificação de alguns dos requisitos exigidos para a compensação legal. Há, nesse caso, a chamada *compensação voluntária, contractual ou convencional*.

Dentro do esquema da compensação *legal*, encontram-se nas legislações dos diferentes países dois sistemas distintos. Numas, a compensação *opera de pleno direito* (como sucedia no Código de 1867: art. 768.º⁽¹⁾), querendo isto significar que a extinção das dívidas pode ser reconhecida oficiosamente, logo que os requisitos da compensação estejam apurados em juízo, ou pode, pelo menos, ser requerida *directamente* por terceiros nela interessados⁽²⁾. Noutras, a compensação é um verdadeiro *direito potestativo*, depende da *declaração de uma das partes à outra*, só assim se tornando efectiva, como acontece com o novo regime fixado pelo Código Civil vigente (art. 848.º)⁽³⁾.

Falam ainda alguns autores da *compensação judiciária*, para abranger os casos em que a extinção dos créditos recíprocos depende de uma decisão *constitutiva* dos tribunais.

Entre nós, enquanto a compensação *legal* dependeu da *liquidez* de ambas as dívidas (art. 765.º, n.º 1.º), usou-se a expressão compen-

(1) Essa a orientação que, depois de consagrada pelo Código napoleónico (art. 1290), transitou, não só para o Código português de 1867, mas também para o Código italiano (art. 1286 do Cód. de 1865; cfr. art. 1242 do Cód. de 1942) e para o Código espanhol (art. 1202).

(2) O artigo 1242 do Código italiano vigente afasta expressamente o conhecimento oficioso da compensação.

Na doutrina francesa, apesar dos termos categóricos do artigo 1290 («A compensação opera-se de pleno direito, pela simples força da lei, mesmo que os devedores a ignorem...»), também não falta quem convictamente recuse o conhecimento oficioso da extinção: PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique*, VII (com a colab. de RADOUANT), n.º 1290. Cfr., a propósito, VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.ºs 1 e 2.

Em sentido coincidente com o de PLANIOL e RIPERT, mas realtivamente ao direito espanhol, veja-se DIEZ-PICAZO, n.º 784, para quem o carácter da compensação se refere apenas à retroactividade ou não retroactividade dos seus efeitos.

(3) Idêntica orientação se encontrava já fixada no Código alemão (§ 388) e no Código suíço (art. 124).

sação *judiciária* na própria lei processual (art. 279.º, n.º 2.º, do Cód. Proc. Civil de 1939 e art. 274.º, n.º 2, al. b), do Cód. de 1961), para designar os casos em que o réu deduzia, por meio de reconvenção, um crédito *ilíquido* contra o Autor. Dada a iliquidez do crédito, ele só poderia aproveitar ao Réu depois da liquidação levada a cabo pelo tribunal, sendo essa a origem e a explicação do termo *judiciária*, com que o Código de Processo crismava a compensação (¹).

Não se confunde com a *compensação* (mútua extinção de créditos recíprocos) a figura da *imputação* ou *dedução*, que consiste em abater ao montante de um crédito, para o reduzir à sua justa expressão numérica, a importância de certos factores (despesas, encargos, benefícios, etc.). Não há, em semelhantes hipóteses, dois créditos recíprocos que mutuamente se extingam, mas *um só crédito* cujo montante tem que ser diminuído de determinadas verbas.

Abundam na lei as *deduções* desta natureza (a que os autores alemães chamam *Anrechnungen*, em contraste com o nome dado à *compensação*: *Aufrechnung*), podendo citar-se, entre outros, além da *compensatio lucri cum damno* (²), no domínio da responsabilidade civil, e da *teoria da diferença*, quer no sector da responsabilidade civil, quer no âmbito do enriquecimento sem causa, os seguintes exemplos: artigos 795.º, 2; 815.º, 2; 884.º, 2; 1040.º, 1 e 2; 1216.º, 3; 1222.º, etc. (³).

(1) M. ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, I, 1963, n.º 76, pág. 141. LOPES CARDOSO, *Código de Processo Civil anotado*, 4.ª ed., anot. ao art. 274.º.

(2) Como VAZ SERRA (*ob. cit.*, pág. 154) justamente observa, não há aqui nenhuma *compensação*, visto que o autor do facto ilícito não é credor da vítima desse facto. Do que se trata é de reduzir o crédito da indemnização, em virtude do lucro conseguido pelo credor com o facto ilícito, para se determinar o montante exacto do prejuízo por ele sofrido.

(3) Cf. LARENZ, I, 14.ª ed., § 18, VI, pág. 256 e GERNHUBER, *ob. cit.*, § 12, 2, pág. 208.

351. *Pressupostos*: A) *Reciprocidade dos créditos*. A compensação (legal) depende, por força do preceituado no artigo 848.º, da declaração de um dos devedores à contraparte. Mas, para que a extinção da dívida por compensação possa ser oposta ao notificado, torna-se necessária a verificação de uma série de requisitos, uns positivos, outros negativos.

À cabeça dos primeiros figura a *reciprocidade dos créditos*, logo destacada no começo do artigo 847.º («quando duas pessoas sejam *reciprocamente* credor e devedor...»).

Para que possa livrar-se da sua dívida por compensação, é essencial que o devedor seja, por outro lado, credor do seu credor (¹).

O crédito com o qual o declarante extingue a sua dívida é o chamado *crédito activo*. É com ele que o devedor opera a extinção da sua dívida.

Chama-se *crédito passivo* àquele contra o qual a compensação opera.

O artigo 851.º trata desenvolvidamente deste requisito nos dois sentidos em que a *reciprocidade* interessa à compensação.

Por um lado, afirma-se que a *compensação* apenas pode abranger a *dívida do declarante*, e não a de terceiro, afastando-se assim do âmbito da compensação as *dívidas de terceiro ao declaratário*.

Se A dever a B 1500 contos pela compra de um automóvel e for credor de B, em igual quantia, por tornas de uma partilha em que ambos foram partes, pode declarar compensada a sua dívida proveniente da aquisição do veículo com o crédito das tornas. Mas, se for C quem tiver comprado o automóvel, A não pode invocar o seu crédito às tornas para extinguir a dívida de C por compensa-

(¹) Para facilitar a distinção entre os dois créditos, pode chamar-se *crédito principal* (*Hauptforderung*, na terminologia germânica) àquele que o compensante visa extinguir, por ter nele a posição de devedor, e *contra crédito* (*Gegenforderung*) ao que ele invoca contra a outra parte, como instrumento jurídico-económico da compensação. Nesse sentido: BAUX, pág. 181)

ção, apesar de, como é sabido, se não recusar a terceiros a faculdade de cumprirem no lugar do devedor (art. 767.º).

De contrário, facultar-se-ia aos credores uma injustificada e abusiva possibilidade de intromissão na gestão do património do devedor, com grave prejuízo da livre iniciativa deste.

Admitamos, porém, que a dívida de C, resultante da compra do automóvel, se encontra garantida por um penhor ou por uma hipoteca que A constituiu sobre bens seus, e que está já instaurada ou eminente a execução para pagamento do crédito de B.

Nesse caso, sabendo-se para mais que a penhora começará, em princípio, pelos bens constitutivos da garantia (art. 835.º do Cód. Proc. Civil), já se compreende que o dono dos bens ameaçados pela execução possa invocar o seu crédito contra o notificado para extinguir a dívida dum terceiro (devedor do preço do veículo), por compensação.

Nesses precisos termos se há-de interpretar a excepção aberta na parte final do n.º 1 do artigo 851.º (¹).

Por outro lado, no intuito de afastar do âmbito da compensação os créditos de terceiro sobre o notificado, diz-se no n.º 2 do artigo 851.º que o devedor só pode livrar-se da obrigação utilizando créditos seus, e não de terceiro.

(¹) No artigo 2.º do articulado cum que rematava o seu estudo sobre a compensação VAZ SERRA (ob. cit., pág. 115) referia-se, em termos ainda vinculadamente constitutivos, ao dono da coisa hipotecada ou dada em penhor como garantia de dívida alheia, para abrir uma excepção ao princípio de que o declarante só pode extinguir por compensação a dívida própria, e não as dívidas de terceiro.

O artigo 851.º alargou, por um lado, a previsão do preceito correspondente do anteprojecto VAZ SERRA, libertando-se dos termos um pouco cautelosos em que este fora redigido. Em contrapartida, restringiu-se substancialmente o âmbito da actuação do dono da coisa, já não se diz (como, de algum modo, sucedia ainda com os textos saídos do 1.º revisão ministerial arts. 828.º, 1 e 763.º, al. a)) que o dono da coisa pode libertá-la, mediante compensação, passando a dizer-se que o declarante pode, por compensação, extinguir a dívida de terceiro, apenas quando estiver em risco de perder o que é seu em virtude de execução por dívida de terceiro. (Cfr. PINA DE LIMA e A. VARELA, ob. cit., anota. ao art. 851.º. No mesmo sentido do texto português, cfr. o § 264, II, do BGB.)

Assim se tem entendido que o fiador não pode livrar-se da obrigação que sobre ele impende, por meio de crédito que o devedor principal tenha contra o credor ⁽¹⁾ ⁽²⁾. Tal como ao devedor solidário não é lícito livrar-se, invocando o crédito de qualquer dos seus condevedores contra o credor ⁽³⁾ ⁽⁴⁾, nem ao sócio invocando um crédito da sociedade, nem ao co-herdeiro fundando-se num crédito da herança ⁽⁵⁾.

A principal razão da orientação da lei provém logo do facto de não ser justificada a intromissão de quem quer que seja na disponibilidade do crédito alheio. O devedor afiançado, bem como o condevedor solidário, que sejam credores do seu credor, podem preferir, por qualquer razão, cumprir a obrigação, a que se encontram adstritos, e exigir separadamente o cumprimento do seu crédito. Mas, ainda que assim não seja, por estarem dispostos a *consentir* na utilização do seu crédito para efeito de compensação com a dívida do declarante (crédito principal), não parece razoável que ao notificado possa ser imposta a extinção do seu crédito em semelhantes condições ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Em sentido diferente, PLANIO e RAICUANI, *ob. cit.*, n.º 1294 e o artigo 1247 do Cód. civil italiano.

⁽²⁾ O fiador pode, no entanto, recusar sempre o cumprimento, enquanto o direito do credor puder ser satisfeito por compensação com um crédito do devedor, ou enquanto este tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do credor art. 642.

⁽³⁾ No mesmo sentido o § 422 do BGB e o artigo 1294 do Código Civil francês. Uma vez invocada, porém, pelo condevedor que tenha legitimidade para o fazer, a compensação (apesar de constituir um meio pessoal de defesa) passa a aproveitar a todos os outros art. 523.

⁽⁴⁾ Em sentido diferente, o artigo 1302, I, Cód. Civil italiano.

⁽⁵⁾ No mesmo sentido, quanto ao usufrutuário de um crédito, que também o não poderá invocar para se livrar da obrigação correspondente ao crédito principal, cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pag. 38.

Mais discutível parece ser o caso do devedor, que seja ao mesmo tempo *credor pignoratício* do seu credor: em sentido negativo, OERTMANN, *loc. cit.*, e LARINZ, § 18, VI, pag. 256, nota 48; em sentido afirmativo, ENNECCERUS-LEHMANN, § 70, 1, 2 e com dúvidas, VAZ SERRA, *loc. cit.*

⁽⁶⁾ O credor (declaratório) ficaria prejudicado, escreve VAZ SERRA (*ob. cit.*, pag. 29), pois ao passo que o devedor poderia compensar contra ele, utilizando o

Diz-se, por fim, no n.º 2 do artigo 851.º, completando a delimitação dos contracréditos utilizáveis na extinção do crédito principal, que só procedem para o efeito da compensação créditos do declarante *contra o seu credor*.

Pretende-se deste modo afastar concretamente a possibilidade de o devedor se livrar da obrigação, mediante a *invocação de um crédito seu, não contra o credor* dessa obrigação, mas contra uma pessoa ligada por certa relação jurídica a este credor.

Assim é que, para exemplificar, o devedor do tutor não pode invocar, para compensar a dívida, o crédito que tenha contra a pessoa do tutelado; o devedor da sociedade não pode compensar o seu débito com o crédito que tenha contra um sócio da mesma sociedade; o devedor da herança não pode compensar a sua dívida perante a massa hereditária com o crédito que tenha sobre um dos co-herdeiros; o promitente, no contrato a favor de terceiro, não pode livrar-se da obrigação assumida para com o terceiro beneficiário por compensação com o crédito que tenha sobre o estipulante ou promissário⁽¹⁾.

Porém, no que toca aos credores solidários, entende-se que o devedor demandado pode livrar-se da sua obrigação por compensação, invocando não apenas o crédito que tenha sobre o credor demandante, como também o que tenha sobre algum dos outros credores, mas, neste último caso, tão somente até ao limite do valor da parte que esse credor tenha no crédito solidário. Assim, se *A, B e C* forem credores solidários de *D* por 9000 contos e *D* por, sua vez, credor de *A* por 4000 contos, na hipótese de *B* de-

crédito de outrem, o credor não o poderia fazer contra o devedor. Cf., no mesmo sentido, ENNECCERUS-LEHMANN, § 70, nota 5 e VON TUHR, n.º 77, II, 1

(1) Como excepção a este último corolário da *reciprocidade* — segundo o qual o devedor só pode compensar a sua obrigação com um crédito sobre o seu credor — apontam os autores o caso da compensação oporável ao *cessante* pelo devedor (*cedido*) com base num crédito sobre o *cedente* — compensação que o artigo 585.º permite, sempre que o contra crédito provenha de facto anterior ao conhecimento da cessão. Vide LARENZ, *loc. cit.*

mandar *D* pelo cumprimento da totalidade da dívida, o demandado poderá opor-lhe, por via de *compensação*, o seu crédito contra *A*, mas apenas até ao limite de 3000 contos.

352. B) *Validade, exigibilidade e exequibilidade do contracrédito (do compensante), do crédito activo.* Para que o devedor se possa livrar da obrigação por compensação, é preciso que ele possa impor *nesse momento* ao notificado a *realização coactiva* do crédito (contra crédito) que se arroga contra este. A alínea *a*) do n.º 1 do artigo 847.º concretiza esta ideia, explicitando os corolários que dela decorrem: o crédito do compensante tem de ser *exigível* judicialmente e não estar sujeito a nenhuma *excepção*, *peremptória* ou *dilatória*, de direito material (¹).

Diz-se *judicialmente exigível* a obrigação que, não sendo voluntariamente cumprida, dá direito à acção de cumprimento e à execução do património do devedor (art. 817.º) (²) — requisito que não se verifica nas obrigações naturais (art. 402.º), por uma razão, nem nas obrigações sob condição ou a termo, quando a condição ainda não se tenha verificado ou o prazo ainda se não tenha vencido, por outra.

Esta a razão legal por que o declarante não pode livrar-se duma obrigação civil, invocando como compensação um crédito *natural* sobre o credor ou um crédito (civil) ainda não vencido (³) (⁴). Tão pouco procederá para o efeito um crédito contra o qual o notificado possa e queira fundadamente invocar qualquer facto que, com base no direito substantivo, conduza à improcedên-

(1) Na mesma ordem de ideias escreve VON TUHR (n.º 77, v) que «este requisito da compensação deduz-se da ideia de que a compensação é um acto por meio do qual se pode impor um crédito contra a vontade da parte contrária.»

(2) No mesmo sentido se afirmava, no § 2.º do artigo 765.º do Código de 1867, que a dívida exigível é aquela «cujo pagamento pode ser exigido em juízo».

(3) Para maiores desenvolvimentos, veja-se VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 8.

(4) Mesmo que o prazo tenha sido concedido gratuitamente pelo interessado na declaração de compensação: artigo 849.º. Cfr. PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Cod. civ. anot.*, comentário ao art. 849.º.

cia definitiva da pretensão do compensante (prescrição, nulidade⁽¹⁾ ou anulabilidade, por ex.) ou impeça o tribunal de julgar desde logo a pretensão como procedente (v. gr., excepção de não cumprimento do contrato; benefício da excussão, se o notificado for um simples fiador; etc.⁽²⁾).

353. C) *Fungibilidade do objecto das obrigações*. Exige-se, em terceiro lugar, na alínea b) do n.º 1 do artigo 847.º, para que haja compensação, que as duas obrigações tenham por objecto *coisas fungíveis* da mesma espécie e qualidade.

A compensação pode assim operar, não só entre obrigações pecuniárias (designadamente entre obrigações de quantidade ou entre obrigações pagáveis na mesma moeda corrente estrangeira), mas também entre obrigações genéricas da mesma espécie e qualidade e até entre prestações de coisas determinadas, desde que fungíveis. Mesmo que o crédito invocado pelo compensante (contra crédito) corresponda a uma *obrigação alternativa*, ou a uma *obrigação genérica*, em que lhe caiba a escolha da prestação, nada obstará à compensação, desde que o declarante escolha, de facto, coisa do mesmo género e qualidade das que ele próprio deve à contraparte.

Este requisito da *homogeneidade* das prestações compensáveis é um puro corolário da ideia de que o credor não pode ser forçado (contra sua vontade) a receber coisa diferente da que lhe seja devida, ainda que de valor equivalente ou até superior.

(1) No fundo, foi um vício desta natureza que levou o S.T.J. a recusar justificadamente a *compensação* no caso julgado pelo ac. de 11-VI-1969 (anot. na R.L.J., 103.º, pág. 435 e segs.). A devedora (Fábrica de Produtos Estrela, Ld.ª) pretendia compensar a sua dívida (proveniente de suprimentos feitos à sociedade) para com um sócio, invocando um crédito contra este (participação do sócio nos prejuízos sociais dos exercícios de 1956, 1957 e 1958), que foi fundadamente impugnado por carência de base legal.

(2) Sobre a classificação das excepções, em geral, e a noção de excepções peremptórias ou dilatórias, dentro do direito material, vide, por todos, M. ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, 1963, pág. 124 e segs. Vide, a propósito, o ac. da Rel. de Lisboa, de 5-XII-1978, na *Col. Jur.*, III, 5, p. 1571.

Se *A*, devendo a *B* cem garrafas de vinho de uma colheita especial, pudesse extinguir por compensação a dívida com o crédito que tem sobre *B*, relativamente a cem garrafas de vinho comum da mesma marca, ficaria o credor *B* lesado. Só quando as prestações debitórias sejam *homogêneas, hoc sensu*, a mútua extinção dos débitos deixará as partes, em princípio, na mesma situação em que se encontrariam, se ambas as obrigações (compensáveis) fossem curialmente cumpridas (1).

A *homogeneidade* das obrigações não pressupõe que as prestações em dívida tenham de ser de *igual montante*, nem sequer que devam ser efectuadas *no mesmo lugar*.

«Se as duas dívidas não forem de igual montante, diz o n.º 2 do artigo 847.º, pode dar-se a compensação na parte correspondente» (2).

E é principalmente para a hipótese da desigualdade do montante das dívidas oponíveis, e de ser maior a do crédito invocado pelo réu (compensante), que ainda hoje aponta a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 274.º do Código de Processo Civil, ao declarar admissível a reconvenção, quando o réu se propõe obter a compensação.

Quanto à diversidade de lugares do cumprimento, o artigo 852.º, depois de afirmar que o facto não constitui, por si, nenhum obstáculo à compensação, obriga o declarante a indemnizar o prejuízo que ela eventualmente cause à contraparte (3).

(1) Sobre os termos em que pode aceitar-se a *homogeneidade* de prestações entre uma obrigação de *quantidade* (pecuniária) e uma dívida de *valor*, vide REINICKE, *est. cit.*, na N.J.W., 59, pág. 361.

(2) Trata-se, como é sabido, de uma das excepções ao princípio da *realização integral da prestação*, prevista no n.º 1 do artigo 763.º

(3) Era essa a linha da orientação já traçada no artigo 776.º do Código de 1867. Enquanto este, porém, aludia apenas ao pagamento das «despesas de mais» provocadas pela compensação, o Código vigente (art. 852.º, 2), usando uma fórmula semelhante à do Código alemão (§ 391, 1) e do Código grego (art. 446.º), refere-se analiticamente aos danos que o notificado possa sofrer por «não receber o seu crédito ou não cumprir a sua obrigação no lugar determinado.»

A firma *A* deve, por hipótese, à congénere *B* 2000 toneladas de gasóleo, a

354. D) *Existência e validade do crédito principal.* Para que proceda a *compensação* (como mútua extinção de obrigações recíprocas), torna-se finalmente necessário que exista e seja válido o débito do compensante, ou seja, o *crédito passivo*.

Se esse débito (o chamado *crédito principal*) não existe, for nulo ou vier a ser anulado, a compensação não se verificará; e se, porventura, a compensação tiver surtido *praticamente* os seus efeitos, o crédito do compensante renascerá com todas as suas garantias, logo que se apure a inexistência, a nulidade ou a anulação do débito em que ele se julgava constituído (¹) (²).

Ao invés, porém, do crédito do compensante, não se torna necessário que a sua dívida seja uma obrigação *civil*, nem sequer

entregar no Porto, e a firma B (com escritórios de venda em Lisboa e no Porto) deve à primeira igual quantidade desse produto, a entregar em Lisboa.

Se a firma A invocar a compensação para se desonerar, pode bem suceder que a firma B, contando com o produto para distribuir no Porto, tenha de suportar despesas de transporte com que não contava para satisfazer os seus clientes. No caso de ser a firma B a declarar a compensação, pode a firma A ser lesada por não beneficiar do regime mais favorável que, por hipótese, lhe proporcionaria o cumprimento na cidade do Porto.

(1) O artigo 856.º refere-se à hipótese da nulidade ou da anulação da compensação, por vício inerente ao negócio compensatório e não a qualquer das obrigações nela envolvidas. Só assim se compreende a estatuição do artigo, prescrevendo a *subsistência* das obrigações, depois de declarada a nulidade ou a anulação da compensação.

A doutrina estabelecida neste caso quanto à manutenção das garantias prestadas por terceiro é análoga à fixada nos lugares paralelos do artigo 856.º (arts. 766.º, 839.º, 860.º, 2; 866.º, 3; e 873.º, 2). A única diferença existente entre eles provém do facto de, na compensação, haver dois credores, e não ser justo que um deles fosse prejudicado com a eliminação das garantias prestadas por terceiro, quando a causa da nulidade ou da anulação seja imputável à outra parte. Vide PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. ao art. 856.º.

(2) Por isso se não concebe que alguém invoque a compensação para se liberar dum crédito cuja existência impugna, a não ser que o faça *subsidiariamente*, para a hipótese de a dívida vir a ser reconhecida como existente. *Ide*, a propósito, o ac. do Sup. Trib. Just., de 10-2-1983 (B.M.J., 324, pág. 513).

A propósito da compensação eventual (que não se confunde com a compensação sob condição que o n.º 2 do artigo 848.º condena), cfr. VAZ SERRA, *Algumas questões... cit.*, *Revista*, 104.º, pág. 373.

uma obrigação *exigível*. Por um lado, nada impede que se trate de uma pura *obrigação natural*. Sendo o *debitor naturalis* quem espontaneamente quer cumprir, aceitando em troca a extinção do seu *crédito civil* (por compensação), nenhum obstáculo se levanta contra a sua intenção. Da mesma forma, se a sua dívida ainda não estiver vencida, mas, renunciando ao benefício do prazo, o compensante quiser extingui-la por compensação com o seu crédito já exigível, nenhuma razão impedirá que o faça. E outro tanto se diga, *mutatis mutandis*, para a hipótese de a sua dívida (o *crédito principal*) já se encontrar em condições de ser declarada extinta por prescrição, mas ele não estar disposto a socorrer-se desse meio (¹)

355. *Causas de exclusão da compensação: A) Proveniência (do crédito principal) de facto ilícito doloso.* Mesmo que os créditos oponíveis reúnam todos os requisitos positivos analisados nos números precedentes, há circunstâncias que obstam à compensação.

Trata-se de factos (*excepções*) que não permitem que o devedor considere *extinta* a sua *dívida*, por compensação com o crédito de que dispõe sobre o seu credor.

A primeira das *causas de exclusão* mencionadas no artigo 853.º (1, al. a)) é a de o crédito (principal) provir de um *facto ilícito doloso* (²). Quando assim seja, o devedor da respectiva indemnização não pode impor ao lesado a extinção da dívida com qualquer crédito de que o lesante disponha contra o seu credor.

A razão justificativa da medida está em que, podendo a compensação traduzir-se num *benefício* para o compensante (que tem, através dela, plenamente assegurada a realização indirecta do seu contra crédito), não se considera *justo* que o autor do facto ilícito doloso aproveite de semelhante regime. O devedor tem, nesses

(¹) Quanto à hipótese de o contra crédito estar em condições de prescrever, vide *infra*, n.º 349.

(²) Doutrina idêntica consagram o § 393 do Código alemão e o artigo 450 do Código grego

casos, de cumprir a obrigação de indemnização e de correr, quanto à cobrança do seu crédito, os riscos que suportam todos os demais credores.

Sendo esta a verdadeira *ratio legis*, nenhum fundamento existe para se permitir a compensação, na hipótese de o crédito do compensante provir também de um facto ilícito doloso (¹). Com efeito, o conflito de interesses que está na base da primeira excepção aberta pelo artigo 853.º não é tanto o que respeita às partes *directamente* envolvidas no fenómeno da compensação, como o que opõe o devedor da indemnização proveniente do facto ilícito, na sua outra veste de credor da contraparte, aos restantes credores do lesado.

Assim, se *A* dever 1000 contos a *B* por causa dos estragos dolosamente causados nas culturas do prédio vizinho, e *B* dever 2000 contos a *A*, por dolosamente ter faltado ao cumprimento do contrato que ambos celebraram entre si, nenhum dos interessados pode desonerar-se perante o outro por compensação. Qualquer deles tem de cumprir integralmente e correr o risco da insolvência do devedor, quanto à cobrança do seu crédito.

O que a *ratio legis* permite acrescentar às considerações expostas é que a compensação pode operar os seus efeitos, se o compensante for o credor (e não o devedor) da indemnização pelos danos provenientes do facto ilícito doloso (²).

Se *A* tiver o direito de exigir 150 contos de *B*, que voluntariamente o agrediu, nada impedirá que o agredido se considere desonerado, por compensação, da dívida de igual montante por géneros que *B* lhe forneceu.

A compensação não ofende nesse caso o interesse fundamental que a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 853.º visa salvaguardar.

(¹) Vide LARENZ, § 18, VI, pág. 259. Em sentido contrário ao sustentado no texto, C. GONÇALVES, *ob. cit.*, n.º 620; em termos diferentes de um e outro, VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 79, nota 209.

(²) No mesmo sentido, LARENZ, *loc. cit.*

356. B) *Impenhorabilidade do crédito principal.* O devedor também não pode livrar-se por meio da compensação, se o direito do seu credor for impenhorável (art. 853.º, 1, alínea b)).

Os créditos impenhoráveis visam, por via de regra, garantir a subsistência do credor ou da respectiva família ⁽¹⁾, assim se explicando que a lei não permita a sua extinção por encontro com outros créditos não revestidos de igual força ⁽²⁾, porque não afectados a idêntica ou análoga finalidade.

É impenhorável, por exemplo, o direito a alimentos, acrescentando o artigo 2008.º (n.º 2) que «o obrigado não pode livrar-se por meio de compensação, ainda que se trate de prestações já vencidas ⁽³⁾». E são igualmente impenhoráveis, conquanto só em parte, os créditos referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 824.º do Código de Processo Civil, ligados à remuneração do trabalho ou a fins de previdência.

Na hipótese, pouquíssimo frequente na prática por certo, de ambos os créditos (recíprocos) serem impenhoráveis, já a compensação se torna legalmente viável ⁽⁴⁾.

357. C) *Pertença do crédito principal ao Estado ou a outras pessoas colectivas públicas.* A alínea c) do n.º 1 do artigo 853.º exclui do âmbito da compensação os créditos do Estado ou de outras pessoas

(1) BROX, § 4, V, pág. 185.

(2) Assim se compreende que o Código suíço (art. 125.º, n.º 2.º) aluda directamente aos créditos cuja natureza especial exige o pagamento efectivo ao credor, tais como os alimentos e o salário absolutamente necessário à manutenção do devedor e da sua família.

(3) Idêntica doutrina se encontrava já concretamente consagrada no n.º 3.º do artigo 767.º do Código de 1867, quanto ao direito a alimentos e, de um modo geral, quanto ao direito a outras coisas que não pudessem ser penhoradas.

(4) Questionável é o caso de o devedor do crédito impenhorável (patrão devedor do salário) ser, por seu turno, credor de indemnização por danos provenientes de facto ilícito doloso. Os tribunais alemães tendem, nesse caso, a admitir a compensação, desde que o facto ilícito doloso tenha sido cometido no âmbito da relação jurídica da qual deriva o crédito impenhorável. Vide LARENZ, I, 14.ª ed., § 18, VI, pág. 260.

colectivas públicas, salvo quando a lei excepcionalmente o autorize.

Já o n.º 5.º do artigo 767.º do Código anterior estabelecia, em princípio, a mesma doutrina para as dívidas do Estado ou municipais.

A lei vigente, ao mesmo tempo que ampliou a solução, estendendo-a a todos os créditos das pessoas colectivas públicas⁽¹⁾, tornou mais explícita no seu texto a ideia de que são *esses créditos* que não podem ser declarados extintos pelos respectivos devedores por meio de compensação com outros créditos. A razão da excepção assenta, quer no carácter das necessidades a que esses créditos visam acudir, quer na perturbação e no embaraço que a compensação poderia causar às normas de contabilidade e às regras orçamentais por que se rege, em princípio, a administração do Estado e das demais pessoas colectivas públicas⁽²⁾.

Com efeito, a doutrina do artigo 853.º começa por valer para todos os créditos de *direito público*, e não apenas para os créditos de *impostos*, como resulta do confronto entre o texto desse preceito e a redacção das disposições sugeridas no estudo preliminar de VAZ SERRA⁽³⁾. E é aplicável, tanto aos créditos de direito público, como aos créditos de direito privado, visto a lei não ter distinguido, quando manifestamente o deveria ter feito, em face dos trabalhos preparatórios, se fosse outra a sua intenção.

358. D) *Lesão de direitos de terceiro*. Verificados os requisitos discriminados no n.º 1 do artigo 847.º, e não se dando nenhum dos

(1) Vide ac. do Sup. Trib. Just., de 5-12-1985 (*Bol. Min. Just.*, 352, pág. 306) e a anotação crítica de FILINTO ELISIO, *Da compensabilidade dos créditos da banca nacionalizada*, na R.O.A., 46, III, pág. 771.

(2) PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. ao art. 853.º. Note-se, porém, que a excepção só aproveita, pelo seu espírito, às verdadeiras pessoas colectivas públicas (ou pessoas colectivas de direito público), e já não as chamadas *empresas públicas*, a que, a cada passo, se dá *impropriamente* a designação de pessoas colectivas públicas.

(3) *Ob. cit.*, pág. 101.

pensação a doutrina geral sobre as modalidades da declaração fixada nos artigos 217.º e 218.º. E não estão prescritas fórmulas *sacramentais*, nem na lei nem nos usos, para a declaração *expressa* da renúncia. Qualquer declaração que deixe, portanto, transparecer a ideia da *abdicação* do direito de compensar — como a promessa de cumprimento *efectivo*; a promessa de entrega em determinado momento e em certo lugar, não obstante o disposto no artigo 852.º⁽¹⁾ — pode servir para o efeito, contanto se mostre ser essa a real intenção do declarante.

360. *Declaração de compensação. Alusão à declaração de compensação em juízo.* Conhecidos os requisitos da compensação e examinadas as causas que a excluem, falta agora saber como se opera a compensação e que efeitos produz.

«A compensação torna-se efectiva, diz a esse propósito o n.º 1 do artigo 848.º, mediante declaração de uma das partes à outra». E o artigo 854.º, completando o pensamento da lei, acrescenta o seguinte: «Feita a declaração de compensação, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis».

É sobre o *binário* constituído por estas duas disposições-chave — *direito potestativo*, de um lado; *retroactividade* da declaração do compensante, do outro — que assenta o esquema do regime fixado pela nova lei civil.

Enquanto o Código de 1867, na cola da legislação napoleónica, ensinava que «a compensação opera *de direito* os seus efeitos» (art. 768.º)⁽²⁾, o novo Código afirma, pelo contrário, que a compensação só se dá mediante declaração de uma das partes à outra⁽³⁾.

⁽¹⁾ Haja em vista a presunção legal de renúncia estabelecida no § 391, II, do Código alemão

⁽²⁾ É, como vimos, o sistema dos códigos francês (art. 1290), italiano (art. 1242) e espanhol (art. 1202)

⁽³⁾ Regime idêntico, por seu turno, ao dos Códigos alemão (§ 388), suíço (art. 124) e grego (art. 441)

A compensação reveste, assim, a configuração de um direito *potestativo*, que se exercita por meio de um negócio jurídico *unilateral*. A respectiva declaração é, pelo próprio teor (e espírito) do n.º 1 do artigo 848.º, uma declaração *receptícia* (art. 224.º), que tanto pode ser feita por via *judicial*, como *extrajudicialmente* ⁽¹⁾ ⁽²⁾. No primeiro caso, pode ser efectuada por meio de *notificação judicial avulsa* (art. 261.º do Cód. Proc. Civil), exclusivamente destinada a levar ao conhecimento da outra parte a intenção do compensante, ou por via de *acção judicial*, seja através da *petição inicial*, seja através da *contestação*.

Quando a compensação é invocada na acção judicial pelo réu, como as mais das vezes acontece, levantam-se entre os autores as maiores dúvidas e algumas divergências fundamentais de pontos de vista quanto ao enquadramento dogmático da declaração do demandado entre as várias categorias dos *meios processuais de defesa*.

Há quem considere que a compensação (mesmo com dívida líquida) só pode ser oposta como *reconvenção* ⁽³⁾; outros, com VAZ SERRA à cabeça, entendem que, pelo contrário, a compensação

(1) O que ela não pode, sob pena de ineficácia, é ser feita sob condição ou a prazo (art. 848.º, 2), por fundamentamente se entender que a situação da contraparte (e, por via reflexa, a dos terceiros interessados) deve ficar definida com precisão desde logo, e não sujeita a uma incerteza, cujos efeitos se agravariam com o princípio da retroactividade fixado no artigo 854.º.

Isso não obsta, porém, a que a compensação possa ser invocada apenas *subsidiária* ou *eventualmente* no processo (VAZ SERRA, *ob. cit.*, págs 169 e segs. e ainda *est. cit.*, na R.L.J., 104.º, pág. 372). *A* intenta contra *B* uma acção de condenação para obter a entrega do preço da coisa que lhe vendeu. *B* impugna a existência da venda ou afirma que o crédito do preço prescreveu; mas, *subsidiariamente*, invoca a compensação com um crédito que se arroga sobre o autor (art. 469.º do Cód. Proc. Civ.). Cfr. BROX, pág. 183; LARENZ, § 18, VI, pág. 262. HECK, § 61, *a*).

(2) Como envolve a disposição de um direito, a compensação só pode ser realizada por quem, sendo capaz, tenha o poder de disposição sobre o crédito compensante. Vide HECK, § 61, 5.

(3) É a doutrina categoricamente sustentada no ac. do S.T.J., de 16-IV-1971 (*Rev. Trib.*, 89.º, pág. 364); cfr. ainda LOPES CARDOSO, *Código de Processo Civil anotado*, 4.ª ed., nota ao art. 274.º.

funciona sempre, bem escarpelizadas as coisas, como uma *excepção peremptória* ⁽¹⁾; outros, finalmente, admitem que a compensação constitui umas vezes uma excepção peremptória, outras uma autêntica pretensão reconvenicional ⁽²⁾.

As divergências assinaladas provêm de duas circunstâncias: em primeiro lugar, da noção *defeituosa* (porque *unilateral* ou *incompleta*) que alguns autores revelam do fenómeno *global e complexo* da compensação; em segundo lugar, da relativa desarmonia existente entre o *meio substantivo* invocado pelo réu (compensante) e o *fim processual* por ele visado.

Imagine-se, para melhor compreensão da observação exposta, que *A* demandou *B* para obter o pagamento do preço (2500 contos) de mercadorias que lhe forneceu e que *B* contesta, invocando a indemnização que *A* lhe deve por virtude de danos, gravíssimos (avaliados, *grosso modo*, em cerca de 3000 contos) causados por um acidente de viação.

Quando, em situações como esta, se alude à compensação invocada pelo réu na contestação tem-se, por via de regra, apenas em vista a *extinção da obrigação* em que *B* (o réu) se encontra constituído perante *A* (o autor). Esquece-se ou subestima-se o facto de,

(1) VAZ SERRA, *Algumas questões em matéria de compensação no processo*, na R.L.J., 104.º, especialmente pág. 292, e 105.º, pág. 68.

(2) Cfr., na jurisprudência, o ac. do Sup. Trib. Just. de 14-1-1982 (no *Bol. Min. Just.*, 313, pág. 288) e, na doutrina: M. ANDRADE, *Noções elem. proc. civ.*, n.º 76; PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Cód. Civ. anot.*, com. ao art. 848.º; *Rev. Trib.*, 89.º, pág. 367, anot. ao ac. do S.T.J. de 16-IV-1971; ANSELMO DE CASTRO, *A acção executiva singular, comum e especial*, 1970, pág. 280, nota 2; in *Rel. de Lisboa*, de 15 de Julho de 1980 (*Col. Jur.*, V, 4, pág. 85).

Nem todos estes autores estão, porém, de acordo na delimitação dos casos em que a compensação reveste uma outra fisionomia: para uns (A. CASTRO e M. ANDRADE), a compensação só dá lugar à reconvenção quando, sendo o crédito invocado pelo réu de montante superior ao reclamado pelo autor, aquele pede a condenação deste no cumprimento do crédito residual, para outros (PIRES DE LIMA e A. VARELA e *Rev. Trib.*), haverá ainda reconvenção nos casos em que o réu invoque, como meio de compensação, um crédito ilíquido, sem embargo de a liquidez já hoje não constituir um requisito da compensabilidade dos créditos

para obter tal efeito, o réu invocar a existência de uma outra relação creditória e *cobrar por suas próprias mãos* o crédito que da nova relação trazida a juízo emerge a seu favor, abatendo o seu montante sobre o que deve à contraparte ⁽¹⁾.

Doravante, ou seja, a partir da contestação, a verdade é que o tribunal, em lugar de apreciar apenas a relação emergente da compra e venda, terá de examinar e julgar também uma outra relação inteiramente distinta da causa de pedir invocada pelo autor — a questão de *responsabilidade civil* suscitada pelo contestante. Quanto ao acidente de viação em que a responsabilidade se funda, a contestação assume no processo a função de uma verdadeira *petição inicial*, e a réplica o papel da *contestação*, tal como sucede na generalidade dos casos de reconvenção.

Analizadas as coisas sob este prisma *global* da compensação ⁽²⁾.

(1) A doutrina germânica, com o espírito analítico próprio dos autores alemães, é que não descarta em regra este lado fundamental do fenómeno *compensatório*. Cfr., v. gr., BROX (pág. 180), que, entre os fins da compensação, inclui, ao lado da *facilitação da extinção* da dívida, a execução pelas próprias mãos (*Privatvollstreckung*); no mesmo sentido, LARENZ, § 18, VI, pág. 212.

Tão pouco ladeia esse aspecto VAZ SERRA (*est. cit.*, na R.L.J., 105.º, pág. 68), ao apreciar a questão de saber se a decisão proferida sobre a acção em que o réu invocou a compensação constitui ou não caso julgado em relação ao *contra crédito*. O que pode discutir-se é se VAZ SERRA lhe dá o devido valor, quando em princípio a equipara (*Rev. cit.*, pág. 66) a qualquer outro facto extintivo da obrigação, sendo certo que a compensação envolve, por via de regra, a necessidade de apreciação em juízo, não apenas de mais um *direito* ou de um facto *extintivo* da relação litigada, mas de uma *nova relação material*.

(2) A crítica feita por A. DE CASTRO (*ob. e loc. cit.*) à tese de LOPES CARDOSO, CASTRO MENDES e do acórdão do S.T.J., de 16-IV-1971, considerando *aberrantes e inadmissíveis* as consequências de indole processual a que ela conduz, parece descuidar por completo ou não sopesar devidamente o *lado* do fenómeno compensatório (relativo, já não ao *débito principal*, mas ao *contra crédito* do compensante), que é destacado no texto:

A natureza *sui generis* da declaração de compensação tem como efeito que as soluções impugnadas por A. DE CASTRO, e outras situadas na mesma linha de pensamento, não podem ser *rejeitadas*, nem *aceites em bloco*. Têm de ser apreciadas uma por uma, por confronto entre a *ratio legis* de cada uma das normas que está na sua base (relativamente ao valor da causa, à forma do processo, à admissibilidade da reconvenção, à competência do tribunal, etc.) e a indole específica da compensação.

nada custa compreender, até certo ponto, a tese do acórdão do Supremo, de 16 de Abril de 1971 (segundo a qual a compensação envolve sistematicamente a dedução de um pedido reconvenicional), sobretudo quando, como geralmente acontece, o crédito invocado pelo compensante não procede da mesma relação jurídica que serve de fundamento à pretensão do autor.

Invocando a compensação, o réu não pretende apenas extinguir a obrigação de que é devedor, mas executar também, por suas próprias mãos (embora por via indirecta), uma outra relação de crédito sobre o património do autor.

Este é, porém, apenas um lado das coisas.

Outro aspecto importante a considerar é que o compensante não invoca o contra crédito que se arroga sobre o autor, para dele extrair todas as consequências que o seu direito eventualmente comporta. Invoca esse *meio* apenas com um *fim*, que é o de extinguir (no todo ou em parte) a obrigação cujo cumprimento é pedido na acção. E esse fim é o que corresponde ao traçado típico das *excepções peremptórias*.

Quer dizer: o compensante invoca um *meio* (a existência de um contra crédito exigível sobre o devedor), cuja *estrutura* equipara a *compensação à reconvenção*, mas com a intenção (*função*) de obter um *fim*, que é próprio das *excepções peremptórias*.

Quando o contra crédito do réu seja de montante superior ao do autor, e o compensante pretenda obter na acção, não só a absolvição total do pedido contra ele formulado, mas também a condenação do autor na parte residual desse crédito, já deixa de haver, mesmo quanto ao *fim*, perfeita equiparação entre o meio de defesa invocado pelo réu e a excepção peremptória. Na medida em que além de afastar o pedido do autor, o réu passa deliberadamente ao contra-ataque, deduzindo um outro pedido contra este, a sua arguição equipara-se, também nesse aspecto, ao pedido *reconvenicional*.

Em resumo, dir-se-á que a compensação é, sob o ponto de vista processual, um instituto *sui generis*, equiparável à *reconvenção* em certo aspecto e identificável com a *excepção* num outro.

A sua equiparação à *reconvenção* obrigará desde logo o réu a deduzir o seu contra crédito nos termos do artigo 501.º do Código de Processo Civil, com as necessárias acomodações, ao mesmo tempo que levará o tribunal a considerar a contestação, na parte relativa à invocação do *contra crédito*, como uma petição inicial, para efeitos do disposto no artigo 504.º do mesmo diploma. A identificação da compensação com a excepção peremptória (ressalvada a hipótese do contra crédito de montante superior ao pedido formulado pelo autor) condirá, por seu turno, com o facto de o réu não concluir solicitando a condenação do autor num pedido autónomo, mas requerendo apenas a declaração judicial de improcedência, total ou parcial, do pedido formulado pelo autor.

Outra questão que tem dado lugar também a divergências entre os autores, na literatura jurídica estrangeira, ainda a propósito do tratamento da compensação em juízo, é a da admissibilidade da *replica compensationis*.

As dúvidas têm-se levantado geralmente a propósito dos casos em que o autor reclama apenas, na petição inicial, uma parte do seu crédito.

A, credor de 2500 contos, intenta acção contra o devedor (*B*) pela quantia de 500 contos, seja porque uma parte do crédito é contestada, seja para evitar o risco de custas pesadas, seja por qualquer outra razão. *B* contesta, invocando a compensação com um crédito dele sobre *A* no valor de 2000 contos.

Pergunta-se: poderá o Autor, na réplica, invocar a parte restante do seu crédito, a fim de se defender contra a improcedência da acção e contra a sua condenação na *parte residual*, para que aponte a *reconvenção* do Réu?

A resposta a dar ao problema terá de partir sempre de uma das ideias básicas do sistema da compensação assente na declaração do interessado.

A compensação pode, em princípio (embora nem sempre, como se sabe), ser efectivada por qualquer das partes. Mas prevalecerá para o efeito a declaração daquela que primeiro a notificar à outra parte.

Por conseguinte, se o facto de o autor, sendo titular de um crédito de 2500 contos, ter intentado a acção contra o devedor apenas por 500, resultar de ele ter querido *compensar* o seu débito de 2000 contos, é a sua declaração de compensação que prevalece. E a invocação do contra-crédito do réu não impedirá a condenação deste no pedido formulado pelo autor.

Se, pelo contrário, o pedido parcial do autor não exprime nenhuma *compensação* que ele tenha querido notificar à contraparte, mas provém de outras razões, sendo o réu quem levanta a questão da *compensação* dos dois créditos, ao contestar a acção, a apreciação do tribunal far-se-á em termos absolutamente diferentes.

A compensação terá por base a declaração do réu. E como o credor tem sempre a faculdade de exigir uma parte apenas da prestação (art. 763.º, 2) e o tribunal tem de cingir-se ao pedido formulado pelo autor (art. 661.º, I, do Cód. Proc. Civil), a compensação há-de ser apreciada tendo em linha de conta, como grandezas a conferir, a *parte* do crédito invocada pelo autor, de um lado, e o montante total do crédito reclamado pelo réu, do outro. Se o resultado do julgamento efectuado em tais termos vier a ser injusto para o autor, *sibi imputet* ⁽¹⁾.

(1) Sobre a questão veja-se VAZ SFERRA, *ob. cit.*, n.º 22 e ainda o *est. cit.*, na R. L. J., 104.º, a pág. 308 e segs. e LARENZ, 14.º ed., § 18, VI, pág. 622.

361. *Natureza jurídica da compensação invocada em juízo pelo réu: refutação de objecções à doutrina exposta* (1). A questão da natureza jurídica da compensação, como meio processual de defesa invocado pelo devedor em acção de cobrança de dívida ou em execução instaurada pelo credor, tem servido de objecto a algumas críticas à doutrina exposta no número anterior.

Tem-se especialmente em vista as objecções levantadas por ANSELMO DE CASTRO (2) e por A. VAZ SERRA (3).

O primeiro destes autores peca inadvertidamente por desvirtuar a doutrina por nós sustentada, incluindo-nos entre os sequazes da tese da compensação-reconvenção.

A solução por nós esboçada, no intuito de estimular o exame mais aprofundado do tema no domínio da literatura jurídica processual, considera a compensação invocada pelo réu, quer se trate da compensação total, quer da compensação parcial (fundada em contra-crédito de montante inferior ao pedido do autor), como uma figura processual *híbrida*, como uma espécie de *tertium genus*, ao lado das excepções peremptórias e da reconvenção.

No que toca à sua *estrutura*, arrogando-se o réu um novo direito contra o autor, que pretende seja não só judicialmente reconhecido mas realizado *ope judicis*, a compensação equipara-se à *reconvenção* (4).

No que respeita à sua *função* dentro da acção, não sendo o contra-crédito deduzido pelo réu de montante superior ao do autor

(1) Vide sobre o tema, TEIXEIRA DE SOUSA, *Observações críticas sobre algumas alterações ao Código de Processo Civil*, B.M.J., 328, especialmente pág. 84 e segs.

(2) *A acção executiva singular, comum e especial*, 3.ª ed., 1977, pág. 283 e segs.

(3) *Rev. Leg. Junisp.*, 109, pág. 147 e segs. (em anot. ao ac. do S.T.J., de 7-III-75) e anot. ao ac. do S.T.J., de 20-7-76 (na mesma *Revista*, 110, pág. 254).

(4) Um pouco no mesmo sentido, TEIXEIRA DE SOUSA (*est. cit.*, *Bol. cit.*, pág. 90), quando afirma que «a alegação da compensação implica a dedução de um facto extintivo de natureza potestativa, o direito a exercer a compensação, pelo que a invocação do exercício da compensação é equivalente a uma acção constitutiva do direito à compensação».

ou não pedindo ele a condenação do autor no pagamento do seu crédito residual, a compensação assemelha-se à *excepção peremptória*. O réu limita-se a invocar um facto que, embora autónomo, tende apenas à improcedência total ou parcial da acção, por ser total ou parcialmente extintivo do direito que o autor se arroga.

Por não ter apreendido o sentido exacto desta posição é que ANSELMO DE CASTRO infundadamente nos atribui a intenção de aplicar à compensação só o regime da reconvenção e não o regime geral das excepções. O verdadeiro fim da tese por nós sustentada é o de afastar todos os prejuízos de raiz lógico-formal no exame da matéria, não aceitando nem repudiando, *em bloco*, os corolários que decorreriam duma aceitação apriorística da tese da reconvenção ou da doutrina da compensação — excepção peremptória.

Antes de se reconduzir conceitualmente a compensação a uma ou a outra das figuras processuais (reconvenção; excepção peremptória), importa estudar e traçar o seu regime processual, nos vários aspectos em que este se desdobra⁽¹⁾, tendo apenas em linha de conta os interesses das partes e de terceiros que se debatem no instituto, a forma como tais interesses se harmonizam ou contrapõem entre si e os critérios de composição desses conflitos directamente explicitados na lei ou latentes no sistema jurídico⁽²⁾.

VAZ SERRA reproduz com inteira fidelidade o nosso pensamento, mas discorda da ideia de que a compensação constitua um

(1) Alguns desses aspectos (como o caso julgado, a litispendência, a prescrição, o valor da causa para o efeito de custas e de recursos, a competência, a capacidade, a legitimidade, etc.) são já sumária, mas incisivamente, aflorados por HERCULANO ESTEVES nas *Noções elementares de processo civil*, de MANUEL ANDRADE, nova ed., 1976, pág. 146 e segs. Também TEIXEIRA DE SOUSA (*est. cit.*, pág. 84 e segs.) analisa a questão com grande desenvolvimento, focando alguns aspectos de carácter marcadamente processual. Para o direito alemão, veja-se a síntese traçada por ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.ª ed., § 106, pág. 605 e segs. que aborda de modo especial a questão da compensação *eventual*.

(2) Vide, numa primeira e incompleta aproximação, ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, 2.ª ed., n. 106, pág. 330 e segs.

meio de defesa estruturalmente distinto das outras excepções peremptórias.

Também a novação, tal como a compensação, se baseia num facto não só distinto, mas autónomo do que serve de fundamento à acção, e nem por isso, adverte V. SERRA, deixa de ser considerada uma excepção peremptória.

É, porém, manifesto que não tem razão nessa discordância.

Quem recorre à novação, para se eximir à condenação requerida pelo credor, invoca apenas, na verdade, um facto extintivo do direito do autor. Facto que consiste essencialmente na vontade que as partes tiveram de eliminar a dívida antiga, ao constituírem a nova obrigação. Esse facto, distinto sem dúvida do facto que serviu de fonte à obrigação, faz ainda parte, no entanto, do ciclo vital da obrigação antiga. Integra ainda a relação obrigacional, no sentido amplo que a moderna doutrina germânica atribui a esta expressão.

Tal como nela se inserem, por maioria de razão, o pagamento, a remissão ou a prescrição, embora constituam todos eles factos distintos do acto que serviu de fonte à obrigação.

No caso, porém, da compensação, o réu não se limita a trazer a juízo um facto que atinge directamente o direito do autor (como na novação, no perdão ou no pagamento) ou que directamente lhe respeita (como no caso da prescrição). O compensante invoca uma relação jurídica inteiramente distinta e autónoma da que o autor trouxe ao conhecimento do tribunal. É uma relação que, não visando directamente a extinção do crédito do autor, nem a ele se referindo directamente, não pode ser incluída, com propriedade jurídica, na relação obrigacional objecto do litígio.

Precisamente porque a compensação envolve a apreciação de uma relação jurídica inteiramente distinta e autónoma da relação creditória na qual se apoia o pedido formulado pelo autor, se afiguram inaceitáveis algumas das soluções tidas como indiscutíveis por ANSELMO DE CASTRO, na veemente defesa da sua tese.

Podem destacar-se, a mero título de exemplo, as relativas à competência e às custas do processo.

Se o contra-crédito invocado pelo réu se basear numa relação jurídica cujo conhecimento seja reservado a tribunal estrangeiro, não se justifica, de facto, que os tribunais portugueses possam conhecer da relação, quando o crédito nela fundado seja de montante igual ou inferior ao pedido formulado pelo autor, e já não possam conhecer dela, quando o montante do contra-crédito seja superior e o réu peça a condenação da contraparte no direito residual.

De igual modo, não parece razoável determinar o valor da acção para efeito de custas apenas em função do pedido do autor, sendo certo que a actividade jurisdicional do Estado se estendeu, de facto, às duas relações jurídicas distintas, autónomas e contrapostas que o tribunal teve de apreciar e julgar.

De qualquer modo, aliás, seja qual for a solução aplicável a estes ou a outros problemas suscitados pela compensação, nunca será caso de dizer que a sujeição do exercício da compensação a determinados pressupostos processuais dará como resultado que o respectivo direito ou é invocado na própria acção ou se perderá definitivamente.

A circunstância de o contra crédito não poder ser invocado pelo réu, na acção contra ele instaurada, através do mecanismo especial da compensação, não impede, em princípio, que ele sirva de fundamento a uma outra acção instaurada pelo seu titular, com observância dos pressupostos processuais aplicáveis.

362. *Efeitos da compensação.* O segundo termo do binário em torno do qual gira o novo regime da compensação é o princípio da *retroactividade* (art. 854.º).

Embora a compensação dependa da declaração de vontade de um dos interessados, os seus efeitos, uma vez emitida a declaração, retroagem ao momento em que os créditos se tornaram compensáveis. Os créditos consideram-se extintos, com as respectivas garantias e acessórios, desde que se tornaram compensáveis, e não apenas

desde o momento em que o compensante manifesta a intenção de os extinguir.

A solução adoptada (que muito se aproxima, nos seus efeitos, do sistema anterior da compensação *ipso jure*: art. 768.º do Cód. de 1867) confere uma importância primordial à *situação de compensabilidade concreta* dos créditos, visto ser a partir do momento em que ela se verifica que os créditos mutuamente se extinguem ⁽¹⁾.

Se um deles ou ambos eles vencerem juros, deixam de contar-se esses juros a partir do referido momento, e não a partir somente da declaração do compensante. Se nenhum dos créditos estava nesse momento em condições de prescrever, por se não ter esgotado ainda o respectivo prazo prescricional, a sua mútua extinção não deixará de verificar-se, mesmo que à data da declaração do compensante já tivesse corrido o prazo de prescrição do contra-crédito por ele invocado: «o crédito prescrito, diz nesse sentido o artigo 850.º, não impede a compensação, se a prescrição não podia ser invocada na data em que os dois créditos se tornaram compensáveis».

Ainda que um dos créditos seja cedido a terceiro, depois de a *situação de compensabilidade* se ter verificado, o respectivo devedor

(1) Alude-se no texto à importância *primordial* — mas não à importância *decisiva* ou *única* — da situação de compensação. É que, como já se observou, a extinção recíproca dos créditos depende da *declaração* de compensação, embora esta possa ser emitida, na generalidade dos casos, por um ou outro dos interessados. Isto significa, além do mais, que, enquanto não houver a declaração compensatória, cada um dos créditos continua a poder ser validamente *satisfeito* ou *extinto* por qualquer dos outros modos de extinção das obrigações (cumprimento, dação em cumprimento, consignação em depósito, execução forçada, etc.).

E nenhum destes meios será afectado na sua *validade* pelo simples facto de o *solvens*, o depositante ou o executado ignorarem, ao recorrer a eles, a existência do direito de compensação ou de qualquer dos seus pressupostos. Cfr. LARENZ, § 18, VI, pág. 263 e nota 75; VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 21, pág. 136, com citação dos autores alemães contrários e favoráveis à concessão da *conductio indebiti* nesses casos.

continuará a gozar do direito de compensação contra o cessionário, sem que este possa opor-lhe a *falta de reciprocidade* dos créditos (1).

E idêntica doutrina (de salvaguarda do benefício da compensação) se observará na hipótese de algum dos créditos ser penhorado, arrestado ou dado em penhor, ou de o credor cair em falência, depois de verificada a *Aufrechnungslage* (2).

Outro corolário do mesmo princípio da *retroactividade* será o de nenhum dos devedores poder ser constituído em mora, depois de os créditos se tornarem compensáveis, pelo que a nenhum deles poderá ser exigida a cláusula penal eventualmente estabelecida para o efeito.

A determinação exacta dos efeitos da compensação pode encontrar uma dificuldade especial, no caso de um dos interessados ou ambos eles serem titulares de *vários créditos compensáveis*.

Quando assim suceda (A deve a B 500 contos, mas é credor dele por uma dívida de 600 e uma outra de 700), o § 396 do Código alemão, reconhecendo ao compensante o direito de escolher a dívida ou dívidas que hão-de ser declaradas extintas, atribui à contraparte a faculdade de se opor à escolha, desde que o faça imediatamente (3) (4).

(1) FERRER CORREIA e ALMENO DE SA, *Emissão de cheque, cessão de créditos e compensação*, sep. da *Rev. Dir. Econ.*, 15, 1989, pág. 303 e segs. Também não obsta à compensação o facto de o contra-crédito (ou crédito activo) ter prescrito, se as condições de prescrição só se verificaram depois da situação de compensabilidade.

Considera-se que o credor pode não ter exigido o seu crédito só porque contava com a possibilidade de o realizar por compensação, mediante a extinção do seu débito. E não seria justo coarctar-lhe essa expectativa, mediante a invocação da prescrição pela contraparte. Disposição paralela consagra o Código alemão no § 390, II, e existe entre nós quanto às obrigações *smalagmáticas* no artigo 430.º.

(2) É exactamente para abranger todos estes casos de ressalva dos efeitos da situação de compensabilidade que GERNHUBER (*ob. cit.*, § 12, VII, pág. 259 e segs.) fala da *protecção das expectativas* (*Schutz von Erwartungen*) de compensação.

(3) O direito de oposição é concedido à contraparte, segundo o sentido aparente da disposição legal, quer o compensante escolha entre os seus créditos, quer opte entre os vários que pertencem ao notificado. Daí que LARENZ, § 18, VI, pág. 262 e OERTMAN (*ibid. cit.*), limitando moderadamente a solução, restrinjam o alcance do

O artigo 855.º do Código português também reconhece o direito de escolha ao compensante, por analogia com o regime aceite no artigo 783.º para o lugar paralelo do cumprimento. Mas já não atribui o direito de oposição à contraparte, por não haver razões suficientemente fortes para tolher a liberdade de iniciativa do compensante⁽¹⁾.

Na falta de escolha por quem tem legitimidade para a efectuar, valem para a compensação, com as necessárias acomodações, as regras supletivas aplicáveis à imputação do cumprimento em análogas circunstâncias (art. 855.º, 2, que remete para o disposto nos arts. 784.º e 785.º⁽²⁾).

363. *Compensação contratual.* Trata-se nos números precedentes da compensação que pode *ser imposta* por uma das partes à outra, logo que se verifiquem determinados pressupostos.

Alguns desses pressupostos são indispensáveis num dos créditos apenas, ou aplicáveis só a uma das partes. É o caso da *exigibilidade* e da *coercibilidade*, que só abrange o *contra crédito* do compensante; é o caso da proveniência ilícita (e dolosa) do débito, que apenas impede o respectivo devedor de impor a compensação à contraparte; e é ainda o caso da renúncia à faculdade de compensar, que somente inibe o renunciante.

Mas, ao lado da compensação baseada na declaração *unilateral* de uma das partes, aludem os autores à compensação *contratual* ou *voluntária*, assente no acordo dos interessados⁽³⁾. Hipótese que não

preceito apenas à primeira hipótese; em sentido diferente, porém, ENNECCERUS-LEHMANN, § 72, nota 3. Cfr. ainda VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 23.

(¹) Doutrina semelhante à do § 396 do B.G.B. consagra o artigo 452 do Código grego, ao tornar a escolha feita pelo devedor de várias dívidas dependente do acordo do credor.

(¹) É a doutrina que VON TUHR (*ob. cit.*, n.º 78, 1) afirma estar consagrada no direito suíço, mas não é a que merecia a preferência de VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do novo Código português (*ob. cit.*, pág. 144).

(²) Vide *supra*, n.º 290.

(³) BROX, § 24, pág. 180; LARENZ, 14.º ed., § 18, VI, pág. 265, GERNHUBER, *ob. cit.*, § 14, pág. 296 e segs.; VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 28.

pode validamente ser contestada, em face do princípio básico da *liberdade contratual* e da não existência de quaisquer razões de interesse e ordem pública que sejam forçosamente violadas por semelhante convenção ⁽¹⁾.

Nessa convenção, válida em princípio desde que corresponda a uma vontade séria de extinguir créditos oponíveis, podem as partes prescindir de alguns dos requisitos da compensação unilateral, designadamente da fungibilidade do objecto das obrigações e até da própria *reciprocidade* dos créditos.

Nada impedirá, nestes termos, que duas pessoas ou duas sociedades, fornecendo-se reciprocamente artigos e serviços de diversa natureza, estabeleçam entre si um sistema de conta-corrente, por força do qual só se torne exigível o *saldo* que no final de cada período uma delas tenha a seu favor, depois de reduzidos todos os artigos e serviços prestados ao seu denominador comum, que é a moeda corrente ⁽²⁾.

Como nada obsta a que se convençione entre as partes um regime de compensação, pelo qual as dívidas de uma delas à outra se possam extinguir por encontro com os créditos que o devedor adquira contra terceiro ⁽³⁾.

Não se deve confundir, porém, a *compensação contratual*, que tende a extinguir *imediatamente* os créditos, logo que eles se tornam *compensáveis* (podendo abranger e abrangendo as mais das vezes

⁽¹⁾ Há, todavia, limites à *liberdade negocial*, neste como nos outros domínios. Um deles é o que procede da inadmissibilidade da compensação com créditos impenhoráveis. Embora ditada para a compensação *unilateral* (art. 853.º, 1, al. b)), a proibição não deixa de estender-se, pela sua *ratio legis*, à própria compensação *voluntária*.

A *Cour de Cassation* tem feito aplicação correcta desta ideia, na apreciação da validade dos contratos de compensação efectuados, em França, entre operários e entidades patronais: PLANIOL e RIPERT, *ob. e vol. cit.*, n.º 1294.

⁽²⁾ Sobre a natureza jurídica do contrato de compensação, veja-se, por todos, ENNECERUS-LEHMANN, § 69, I, 1 e GERNHUBER, *ob. cit.*, pág. 296.

⁽³⁾ Cfr. ENNECERUS-LEHMANN, § 69, I.

créditos futuros), com a simples promessa de compensação, nem sequer com o contrato em que as partes reservam para uma delas ou para ambas o direito potestativo de compensarem determinados créditos⁽¹⁾.

SECÇÃO IV

NOVAÇÃO*

364. *Noção. Modalidades.* A novação é uma outra das causas extintivas da obrigação, diferentes do cumprimento, mas muito próxima da *dação em cumprimento*.

São fáceis de extrair da prática negocial alguns exemplos que ajudam a fixar o recorte conceitual dessa figura.

O empregado A, a quem a entidade patronal fornecera automóvel para as frequentes deslocações a que obrigava o exercício da sua função, é prematuramente despedido. Querendo, porém, conservar em seu poder o veículo que à empresa não interessa recuperar, obriga-se a entregar 500 contos em vez de restituir o veículo.

B, interessado em aplicar algumas economias numa sociedade de investimentos turísticos, adquire alguns títulos de *ocupação temporária*, com direito a certo rendimento sobre a soma aplicada. Pouco

(1) Para maiores desenvolvimentos, LARENZ, § 18, VI, pág. 265 e segs. e GERNHUBER, *ob. e loc. cit.*

* VAZ SERRA, *Novação, expromissão, promessa de liberação e contrato a favor do credor, delegação, assunção de dívida*, 1958; PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. aos arts. 857.º e segs.; S. REBULLIDA, *La novacion de las obligaciones*, 1964; HERNANDEZ-GIL, *El ambito de la novacion objectiva modificativa*, na *Rev. Der. Priv.*, 1961, pág. 797 e segs.; BIGIARI, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. e pratica comm.*, 1942, pág. 71 e segs.; BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, 1950; PELLEGRINI, *Della novazione*, com. de D'AMELIO e FINZI, 1948, I, pág. 117 e segs.; M. ANDREOLI, *La novazione tacita obiettiva*, 1929; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione tacita oggettiva*, na *Riv. Dir. civ.*, 1958, I, pág. 353; A. ELEFANTE, *Novazione (Dir. rom.)*, e RESCIGNO, *Novazione (Dir. civ.)*, no *Novissimo Dig. Ital.*; MAGAZZÙ, *Novazione (dir. civ.)*, na *Enc. del dir.*; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 18 (*die Novation*); BROX, § 25.

SECÇÃO VI

CONFUSÃO*

376. *Noção.* A última das causas extintivas das obrigações, diferentes do cumprimento, tratada na lei civil é a *confusão* (arts. 868.º e segs.).

A constituição do vínculo obrigacional, como relação inter-subjectiva, pressupõe a existência, pelo menos, de duas pessoas distintas: uma, no lado activo da obrigação, com o direito de *exigir* a prestação debitória; outra, no lado passivo, *adstrita* ao correlativo *dever de prestar*.

Porém, entre as vicissitudes a que a vida sujeita a relação creditória figura a de poderem vir a reunir-se na mesma pessoa, por diversas causas, as qualidades de *credor* e *devedor* da mesma obrigação.

A deve 1 000 contos ao tio B. Morre o credor e o seu único herdeiro (legítimo ou testamentário) é o sobrinho.

A sociedade C funde-se com a sociedade D, à qual devia 1 500 contos por mercadorias que esta lhe fornecera.

O comerciante E, para pagamento de certo fornecimento efectuado por F., subscreve um título de crédito que, após sucessivos endossos, acaba por ser transmitido por essa via a ele próprio.

G devia 5 000 contos a H. Morrem ambos no mesmo acidente, deixando como único sucessor o sobrinho comum I.

O depositário, que devia restituir a coisa ao dono, compra a coisa depositada.

* VAZ SERRA, *Dação em cumprimento, consignação em depósito, confusão e figuras afins*, 1954; TOESCA DI CASTELLAZZO, *Confusione*, no *Nuovo Digesto Ital.*; AMORE, *Confusione*, no *Novissimo Dig. Ital.*; FAVERO, *Confusione (dir. vig.)*, na *Encic. del diritto*; *Id.*, *Estinzione della obbligazione per confusione*, Milano, 1964; PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazione*, 1971, especialmente pág. 53 e segs.; KRETSCHAMAR, *Die Theorie der Confusion*, 1899; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 19.

Em todos os casos referidos a título de exemplo, e em muitos outros que facilmente podem ser figurados, se congregam na mesma pessoa, singular ou colectiva, por virtude do fenómeno de transmissão operado num dos lados da relação creditória ou em ambos eles, a *titularidade activa e passiva* de uma obrigação. Uma vez é o credor que sucede ao devedor no débito; outras, o devedor que sucede ao credor no crédito; outras, finalmente, um terceiro que sucede ao mesmo tempo no crédito e no débito.

Noção. A *confusão* dá-se quando, pelo facto de se reunirem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor da mesma relação creditória (*cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit*: D. 46, 3, 107 — fragmento de POMPÓNIO), a obrigação se extingue (1).

Quando na mesma pessoa, diz o artigo 868.º, se reúnam as qualidades de credor e devedor da mesma obrigação, *extinguem-se o crédito e a dívida* (2) (3).

Numa fórmula menos apurada, mas exprimindo inequivocamente a mesma ideia, dizia já o artigo 796.º do Código de 1867, à semelhança de outros diplomas estrangeiros da época, que «confun-

(1) Note-se, porém, o que o mesmo fenómeno pode ocorrer, não apenas na *obrigação simples*, mas também na relação obrigacional *complexa* (inquilino que sucede como herdeiro único ao senhorio). E fenómeno paralelo pode ocorrer outrossim nos direitos reais com a *consolidação* da propriedade, por exemplo, que se verifica com a sucessão do usufrutuário ao nú-proprietário. Vide acerca da real extensão na confusão, GERNHUHER, *ob. cit.*, § 19, I, pág. 385 e FAVERO, *est. cit.*, n. 2.

(2) É o seguinte o texto da disposição paralela (art. 1253) do Código civil italiano de 1942: «Quando as qualidades de credor e de devedor se reúnem na mesma pessoa, a obrigação extingue-se, e os terceiros que tiverem prestado garantias a favor do devedor ficam liberados».

(3) Entre as causas possíveis da *confusão* referem alguns autores a cessão ou a doação do crédito ao próprio devedor. Na prática, torna-se, porém, extremamente difícil distinguir entre a doação do crédito ao devedor e a remissão do débito, não faltando mesmo quem considere absurda a ideia da distinção entre uma e outra. Cfr. BIONDI, *Le donazioni*, 1961, pág. 406; ANDREA TORRENTE, *La donazione*, 1956, n.º 97-bis; em sentido oposto, BARBERO, *Sistema*, II, n.ºs 723 e 726; PERLINGIERI, *ob. cit.*, pág. 64 e segs.

dindo-se na mesma pessoa a qualidade de credor e a de devedor, pela mesma causa, extingue-se o crédito e a dívida».

A *confusão*, a que estes preceitos se referem, é inteiramente distinta do fenómeno (que na antiga doutrina e legislação dava pelo mesmo nome) da reunião, na mesma pessoa, do direito de propriedade com algum outro direito real limitado sobre a mesma coisa (cfr. arts. 1476.º, 1, b); 1 513.º, a) ⁽¹⁾ e 1569.º, 1 a)). A primeira é um modo de *extinção* da *obrigação*; o segundo conduz à restauração da *plena potestas* sobre a coisa ⁽²⁾.

377. *Eficácia extintiva da confusão*. Ninguém contesta, em princípio, a *eficácia própria* dos fenómenos que conduzem à *confusão*. Mas são várias as explicações teóricas architectadas pelos autores para justificarem a *eficácia extintiva da confusão*.

Há quem considere a *extinção da obrigação por confusão* como uma necessidade absoluta, derivada das próprias circunstâncias de facto, pela incompatibilidade existente entre as qualidades de credor e devedor. Seria logicamente inconcebível, diz-se, que alguém (como credor) pudesse *exigir* de si próprio (como devedor) a realização de certa prestação ⁽³⁾.

Esta concepção levar-nos-ia, no entanto, por uma razão de coerência, a considerar impossível (logicamente) a sucessão do devedor na posição do credor e a sucessão do credor na posição do obrigado, ou seja, a tal reunião na mesma pessoa das qualidades (antagónicas) de credor e devedor, que serve de pressuposto legal à figura da *confusão* ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Revogado pelos Dec.-Leis n.ºs 195-A/76, de 16/3 e 233/76, de 2-4, que aboliram a enfiteuse, respectivamente sobre prédios rústicos e sobre prédios urbanos.

⁽²⁾ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anot.*, III, pág. 461.

⁽³⁾ «Es conceptualmente impossible, escreve por ex. DIEGO ESPIN (3.ª ed., III, pág. 167), que una persona sea acreedora o deudora de si misma (nemo potest a semetipso exigere).»

⁽⁴⁾ Essa é, aliás, a posição abertamente sustentada, entre outros, por ALLARA (*Le satisfecite estintive del rapporto obbligatorio*, 1949-1952, pág. 60): Se é impossível que uma pessoa seja ao mesmo tempo credora e devedora, será do mesmo modo impossí-

E a condenação prática da doutrina provém logo do facto de a obrigação poder manter-se, em todos os seus efeitos ou em alguns deles pelo menos, não obstante se reunirem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. É o que nomeadamente acontece no caso de o devedor suceder, como único herdeiro, ao credor e receber a herança a benefício de inventário (1).

Outros autores, colocando-se no pólo oposto, entendem que a reunião do crédito e do débito na mesma pessoa não extingue a relação creditória, apenas paralisa a acção que serve de tutela ao direito do credor (2), assim se explicando o renascimento da obrigação, logo que os seus dois braços voltam a separar-se (3).

A verdade, porém, é que a confusão opera, por força da lei (art. 868.º), como causa de extinção da obrigação principal, bem

vel que o devedor suceda ao credor no crédito e que o credor suceda ao devedor no débito.

Assim, no caso de o credor (ou o devedor) morrer e lhe suceder como herdeiro o devedor (ou o credor, na 2.ª hipótese), a dívida extinguir-se-ia, não por confusão, como geral e tradicionalmente se tem entendido, mas por uma espécie de inanição da relação creditória, que ficaria apenas reduzida a um lado ou titular, visto não se poder operar a sucessão no outro lado. A obrigação extinguir-se-ia mais por uma razão endógena — carência insuprível dum elemento — do que por uma causa exógena.

(1) Cfr. PERLINGIERI, *ob. cit.*, pág. 55 e segs. A forma, aliás, como o artigo 868.º retrata a hipótese ou situação de facto, a que corresponde a estatuição fixada na parte final desse preceito legal, revela desde logo que a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor da mesma obrigação constitui um *pmus*, ligado aos fenómenos da sucessão ou transmissão de direitos, relativamente ao efeito que ela desencadeia sobre a relação obrigacional. Por outras palavras: a investidura do credor no lado passivo da relação creditória, bem como a investidura do devedor no lado activo do crédito, aparecem no contexto do artigo 868.º como um *dado* inquestionável facultado pelo direito sucessório ou pela eficácia normal dos negócios de transmissão.

(2) *Confusio eximit personam ab obligatione, perimit actionem, non extinguit obligationem.* Essa parece ser a tese, entre outros, de BARASSI (III, pág. 174, nota 1), para quem a confusão é o «fruto de uma paralisi que impede a relação de atingir o seu fim.»

(3) Assim se explicaria ainda que, não obstante a confusão, o crédito do *de cuius* sobre o herdeiro seja tomado em conta para o efeito do cálculo da quota disponível e da liquidação do imposto sucessório. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, V, n.º 637.

como dos seus acessórios e garantias. E o renascimento da obrigação só é previsto para o caso de destruição dos pressupostos da *confusão*, quando o facto gerador da destruição seja *anterior à confusão* (art. 873.º).

A obrigação do devedor perante o *de cuius* renascerá, nos termos deste artigo 873.º, a favor da herança, se a disposição testamentária que o instituía como único herdeiro for anulada por qualquer vício da vontade do testador ou for declarada nula por defeito de forma do testamento; mas já assim não sucederá, se o devedor, validamente instituído como herdeiro único do credor vender a herança a terceiro (¹).

Diferente de qualquer das duas, que acabam de ser expostas e comentadas, é a versão aceite por FAVERO, segundo o qual a *confusão* constitui uma causa *necessária* (ou *peremptória*) de *extinção* do crédito (²), e consequentemente extintiva da dívida, por ser, no fundo, *uma forma de realização do crédito* (³).

Quer a pessoa na qual a *confusão* se verifica (⁴) seja o credor (que sucede ao devedor), quer seja o devedor (que sucede ao credor), a *confusão* envolve sempre a realização do crédito, mediante a sucessão na coisa que era objecto deste ou mediante a sua satisfação por equivalente (⁵).

(¹) A questão de saber se o antigo crédito do *de cuius* é ou não abrangido na venda da herança dependerá *apenas* da interpretação das cláusulas deste negócio.

Mas, ainda que no caso concreto a resposta seja afirmativa, uma solução pode dar-se como certa: é que não renascem a favor do adquirente as garantias prestadas por terceiro (arg. ex art. 873.º, 2). E mais do que isso: se houver razões para concluir que no valor da herança vendida foi incluído o crédito do *de cuius* sobre o herdeiro (alienante), haverá a constituição de um novo débito com o mesmo conteúdo do primitivo, mas não a continuação deste. Nesse sentido, quanto à hipótese inversa de o herdeiro (alienante) ser credor do autor da herança, VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 254.

(²) A eficácia extintiva da *confusão*, afirma FAVERO (*Estinzione della obbligazione per confusione*, pág. 60), não provém da disposição normativa, «mas da intrínseca força causal da situação.»

(³) *Ob. cit.*, *passim*, especialmente pág. 51 e segs.

(⁴) *Confondente* lhe chama FAVERO (pág. 52), mas o termo não tem correspondente na nossa terminologia jurídica.

(⁵) Para maiores desenvolvimentos, FAVERO, *ob. cit.*, pág. 52 e segs.

Mas também esta versão de FAVERO depara com vários obstáculos, dificilmente transponíveis.

Se a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor, pela mesma obrigação, fosse causa *necessária* da extinção desta, por virtude da *imediate realização* do crédito que tal circunstância forçosamente arrasta consigo, não se compreenderia o disposto no artigo 872.º, segundo o qual a obrigação não se extingue, ainda que na mesma pessoa se reünam as qualidades de credor e devedor, quando o crédito e a dívida pertençam a patrimónios separados.

Assim, se o devedor, que sucedeu como único herdeiro ao credor, tiver aceitado a herança a benefício de inventário, a sua dívida para com a herança (da qual ele é titular) manter-se-á, no interesse dos credores desta (1).

Por outro lado, além de dificilmente se conceber uma *realização* (necessária) do crédito nos casos em que, por exemplo, o credor suceda a um devedor *insolvente* (2), nem sequer no caso de obri-

(1) FAVERO (pág. 66 e segs.) procura afastar a objecção, distinguindo entre o verdadeiro *conteúdo preceptivo* e o puro *revestimento doutrinário* (não vinculativo para o intérprete) de disposições como o artigo 490 do Código civil italiano (e o art. 872.º do Cód. civ. port.), para concluir que nesse preceito do Código de 1942 está apenas consagrado um tratamento especializado ou individualizado dos débitos e dos créditos do *de cuius* em face do herdeiro (e não uma separação entre patrimónios pertencentes à mesma pessoa) — tratamento que não colide com a eficácia *necessariamente* extintiva da *confusão*.

Abstraindo da questão dos *patrimónios separados* (que não tem aqui o seu lugar próprio), dir-se-á apenas que o tal tratamento especial dos débitos do herdeiro ao *de cuius* (a que F. se refere) facultará aos credores da herança o poder de exigirem desse herdeiro a *realização* da prestação devida — tal como se a obrigação se mantivesse. E mantendo-a com todos os *acessórios* e com todas as *garantias* que asseguravam o seu cumprimento.

Como conciliar semelhante situação com a ideia da *extinção* necessária do débito?

(2) Se o devedor, a quem o credor sucede, nada tem de seu, não há dúvida de que, em princípio, o crédito *se extingue* por *confusão* (art. 868.º). Daí, porém, até à conclusão de que o crédito *se realizou* vai uma distância que nem a lei, nem a lógica, autorizam o intérprete a percorrer.

gação de prestação de coisa determinada, em que o credor suceda ao devedor, se poderá, em bom rigor, falar de uma realização do crédito.

É certo que, em tais hipóteses, se integra no património do credor a coisa cujo domínio ou cuja posse o direito de crédito visava transmitir-lhe. Mas não é menos certo que esse resultado se obteve, não por *funcionamento* efectivo do mecanismo técnico-jurídico próprio da relação creditória, mas por virtude da *sucessão* no domínio (ou na posse) da coisa que era objecto da prestação debitória ⁽¹⁾.

(1) Também não é isenta de reparo a forma como FAVERO (*ob. cit.*, pág. 90 e segs.) afasta a dificuldade que constitui para a sua tese o disposto no artigo 1254 do Código italiano (correspondente ao n.º 2 do art. 871.º do Cód. português), segundo o qual «a confusão não opera em prejuízo dos terceiros que tenham adquirido direitos de usufruto ou de penhor sobre o crédito.»

No entender de F., o usufruto e o penhor não recaem, nestes casos, sobre o próprio *direito de crédito*, como pretende a teoria dos *direitos sobre os direitos*, mas apenas sobre o *objecto* desse direito de crédito.

De modo que o artigo 1254 do Código italiano limitar-se-ia, no fundo, a dizer (superfluamente: cfr. pág. 91) que a *confusão*, no caso de o crédito estar sujeito a usufruto ou penhor, *extingue o crédito*, mas não extingue os direitos que recaem sobre a coisa que constituía objecto deste.

Duas observações apenas.

A primeira é que são coisas inteiramente distintas o usufruto de *capitais postos a juro* ou a qualquer outro interesse (art. 1464.º), em que o direito do usufrutuário passa por uma relação de crédito, e o usufruto de *certa quantia* ou de *capitais levantados* (art. 1465.º), em que o direito do usufrutuário não passa forçosamente por essa relação.

A segunda observação compreende-se melhor com um exemplo que a esclareça.

Se *A*, credor de *B*, com direito a juros, ceder o seu crédito em usufruto a *C* por cinco anos, e morrer ao cabo de dois anos, sucedendo-lhe *B* como único herdeiro, poderia duvidar-se da continuação do direito de *C* aos juros, visto os juros representarem o *preço* da utilização de uma soma ou capital não pertencente ao devedor e este ter adquirido a titularidade da dita soma ou capital a partir do decesso de *A*.

E o interesse específico do disposto no n.º 2 do artigo 871.º (tal como no art. 1254 do Cód. italiano) está precisamente na afirmação da continuidade do direito do usufrutuário.

E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para a hipótese de *A*, credor de *B*, ter dado o seu crédito em penhor a *C* (para garantia de dívida própria ou de terceiro) e vir mais tarde, antes de *C* ter executado a garantia, a suceder a *B* como seu único herdeiro.

Que concluir então da apreciação crítica das várias concepções expostas acerca da *confusão*?

A explicação singela, mas verdadeira, da eficácia *extintiva* da *confusão* assenta no facto de a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor pela mesma obrigação tornar o vínculo obrigacional *descabido* ⁽¹⁾. A obrigação, como sùmula dum poder de exigir certa prestação e do correlativo dever de prestar, só tem realmente *cabimento*, em princípio, quando há *necessidade* de *sacrificar* os interesses de uma pessoa (devedor) aos interesses contrapostos de uma outra (credor). Se esses interesses se confundem, por qualquer fenómeno sucessório, numa única pessoa, a função *instrumental* típica do *direito de crédito* deixou, em princípio, *de ter cabimento* ⁽²⁾.

Mas apenas *em princípio*. Porque, atenta a *complexidade* de muitas relações creditórias e a possível confluência de interesses de terceiros na vida da obrigação, pode a manutenção desta continuar a ter *cabimento*, mesmo depois da reunião das qualidades de credor e devedor numa só pessoa.

É, por conseguinte, à lei, atenta a todos os interesses em jogo na relação creditória, que incumbe dizer se e em que medida a obrigação se extingue pelo facto de se terem congregado na mesma pessoa os títulos de credor e devedor, quando haja direitos de terceiro sobre o crédito ⁽³⁾, quando a *confusão* se dê na pessoa

(1) Com a agudeza habitual do seu estilo, comenta GERNHUBER no mesmo sentido (*ob. cit.*, § 19, 3, pág. 388): «*Forderungen und Schuldverhältnisse erlöschen vielmehr, weil sie ihren Sinn verloren haben*» (créditos e relações de crédito extinguem-se, pelo contrário, porque perderam o seu sentido).

(2) «A extinção por *confusão*, escreve PERLINGIERI (*ob. cit.*, pág. 56) na mesma linha de pensamento, corresponde assim, não a razões exclusivamente *mecanísticas* ou estruturais, mas a uma valoração teleológica, funcional, da relação jurídica.»

No mesmo sentido, as considerações de HECK (§ 64, 1) e a afirmação feita por LARENZ (§ 19, 1, pág. 270) de que a extinção do crédito por *confusão* não constitui nenhuma *necessidade lógica*, mas a simples consequência de, na generalidade dos casos, não haver nenhuma *necessidade jurídica* da manutenção dele.

(3) A razão de ser da extinção da obrigação por *confusão* não legitima a afirmação de que o efeito extintivo desta se limita à relação entre credor e devedor (VAZ SERRA, *est. cit.*, pág. 237). Basta pensar nas garantias prestadas por terceiro, que caducam com a extinção da dívida.

de um *co-herdeiro* do credor ou do devedor, ou na pessoa de um dos co-obrigados ou de um dos concredores na obrigação solidária ou na obrigação indivisível, etc.

378. *Regime da confusão.* O principal efeito da reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor da mesma obrigação consiste, como se diz no artigo 868.º e logo se depreenderia da inserção sistemática da *confusão* dentro do livro das obrigações, na extinção do crédito e da dívida.

Extinta a obrigação principal, com ela caducam todos os *acessórios* (cláusula penal, sinal, direito de retenção, etc.) e todas as *garantias* que asseguravam o seu cumprimento, quer tenham sido prestadas pelo devedor, quer por terceiro ⁽¹⁾. É o princípio geral expressamente consagrado nos artigos 651.º, quanto à fiança, e 730.º, quanto à hipoteca, extensivo afinal a todas as garantias.

Neste sentido, pode dizer-se que a *confusão*, tal como as outras causas de *extinção* da obrigação, aproveita a *terceiros*. Mas a recíproca, compreensivelmente, não é exacta. «A confusão, diz o n.º 1 do artigo 871.º, *não prejudica* os direitos de terceiro».

Assim, se *A*, filho único de *B*, dever 500 ao pai, que morre deixando bens no valor de 100, tendo doado 300 em vida a um estranho (*C*), e houver necessidade de calcular a quota *disponível*, para apurar a eficácia da liberalidade entre vivos perante o direito de *A* à legítima (art. 2 159.º, n.º 2), a *confusão* operada no débito deste não obsta a que o respectivo crédito deva ser tomado em conta nesse cálculo. De contrário, seria injustificadamente prejudicado o direito do donatário (*C*) ⁽²⁾.

(1) O artigo 1253 do Código italiano alude apenas à extinção das garantias prestadas por terceiro, mas sem nenhuma intenção limitativa.

(2) No mesmo sentido, já no domínio do Código de 1867, GUILHERME MOREIRA, II, n.º 94.

O que, de resto, se diz para o cálculo disponível, dir-se-á por análogas razões para certos efeitos fiscais, nomeadamente para determinação do imposto sucessório.

Como corolário do pensamento fundamental enunciado no n.º 1, acrescenta o n.º 2 do artigo 871.º que, na hipótese de haver, a favor de terceiro, direitos de usufruto ou de penhor sobre o crédito, este subsistirá, «não obstante a confusão, na medida em que o exija o interesse do usufrutuário ou do credor pignoratício.»

Suponhamos, para ilustrar a doutrina do preceito, que *A*, credor de *B* por 500, constituiu um penhor sobre o seu crédito a favor de *C* (credor pignoratício), para garantia de uma dívida de *D*, no montante de 300. Entretanto, *A* morre e sucede-lhe como único herdeiro o devedor *B*.

O crédito de *A* sobre *B* extinguir-se-ia, em princípio, por confusão. Atento, porém, o disposto no n.º 2 do artigo 871.º, para salvaguarda dos direitos de terceiro, *C* continuará a dispor do crédito empenhado (como se *B* fosse obrigado a entregar a soma devida a *A*), mas apenas na medida do estritamente necessário para o credor pignoratício que o n.º 2 do artigo 871.º (*in fine*) aponta como *limite* da subsistência do crédito (1).

Nem sempre as coisas revestem, na prática, a simplicidade com que são figuradas nos exemplos precedentes.

Em vez de se verificar na pessoa do *único* herdeiro do *de cuius*, a confusão pode operar-se na pessoa de *um dos co-herdeiros*, tanto podendo suceder, nessa hipótese *genérica*, que o co-herdeiro fosse *credor*, como fosse *devedor* do defunto (2).

No primeiro caso, a confusão dar-se-á apenas na medida da sua responsabilidade, como co-herdeiro, pelo pagamento do seu crédito.

Assim, se os bens deixados pelo *de cuius* valerem 400, e um dos dois herdeiros (*A* e *B*), em partes iguais, for credor do defunto por uma dívida de 200, haverá *confusão*, em princípio, no que toca a

(1) Limite paralelo se há-de extrair da *duração* do usufruto, no caso de sobre o crédito, que é objecto da *confusão*, recair um direito de usufruto a favor de terceiro.

(2) Sobre o tratamento jurídico das duas hipóteses em face do direito civil italiano, vide FAVERO, *ob. cit.*, pág. 105 e segs.

metade da dívida. A outra metade, na falta de convenção em contrário (art. 2.098.º), constituirá encargo do segundo herdeiro (B).

No segundo caso, admitindo que um dos herdeiros (A) devia ao defunto 100 e que os bens por este deixados valiam 200, a dívida extinguir-se-á, em princípio, na sua totalidade, por *confusão*. O outro herdeiro deverá, logo à partida, receber valor equivalente (100), repartindo-se os restantes 100 do *derelictum* em partes iguais.

379. *A confusão nas obrigações solidárias.* Mais delicada é a fixação dos efeitos da *confusão* no domínio das obrigações *solidárias* e das obrigações *indivisíveis*. Em qualquer dos casos, porém, *legem habemus!*

No campo das obrigações solidárias, a *confusão* pode verificar-se em dois sentidos distintos: por um lado, através da reunião na mesma pessoa das qualidades de *devedor solidário* e de *credor*; por outro, através da congregação das qualidades de *credor solidário* e de *devedor*.

Para examinarmos a primeira hipótese, suponhamos que A, B e C devem, em regime de solidariedade, 600 contos a D e que A falece, deixando como herdeiro D.

Como qualquer dos devedores responde, neste caso, pelo cumprimento integral da obrigação, poderia admitir-se que a *confusão* operada na pessoa de D extinguiria toda a dívida e que os restantes devedores (B e C) responderiam apenas em *via de regresso* perante o credor (D).

Não é essa, no entanto, a solução perfilhada na lei. De acordo com a doutrina estabelecida no n.º 1 do artigo 869.º, a *confusão* não exonera os demais obrigados na *totalidade* da dívida, mas apenas na *parte*, relativa ao devedor directamente atingido por ela.

Assim, no exemplo figurado, se não houver razão para afastar a igual repartição da dívida entre os co-obrigados (1), B e C passarão a responder *solidariamente* perante D por 400 contos.

(1) Se a *confusão* se der, por exemplo, numa obrigação de indemnização nascida de acidente de viação, sucedendo a vítima (credora) ao *comitente* do condutor e

Orientação substancialmente paralela exprime o n.º 2 do artigo 869.º para a segunda das hipóteses acima discriminadas, neste caso porventura mais ao arrepio ainda da solução *logicamente* imposta pelo recorte *formal* da solidariedade activa.

Admitamos que *A* deve 900 contos a *B*, *C* e *D* em regime de solidariedade e que *A* sucede entretanto a *B* como seu único herdeiro.

Como *B* tinha direito a exigir o cumprimento integral da prestação, poder-se-ia supor que a *confusão* extingua, neste caso, a dívida por inteiro⁽¹⁾ e que *A* teria apenas de pagar, em via de regresso, 300 contos a *C* e outros 300 contos a *D*.

Não é essa, porém, a solução fixada na lei. Considerando o devedor exonerado apenas na parte relativa ao credor directamente atingido pela *confusão*, o n.º 2 do artigo 869.º conduzirá antes ao resultado de que *A* continua a responder *solidariamente*, perante *C* e *D*, por dois terços da dívida total (600 contos).

À semelhança do que sucede com a remissão feita por um dos credores solidários (art. 864.º, 3), também no caso paralelo da *confusão* a lei se desprende da pura *lógica formal*, por entender que a garantia oferecida aos restantes credores, quanto ao direito de regresso, por aquele em cuja pessoa se reúnem as qualidades de devedor e concredor solidário não é, em princípio, equivalente à dada por aquele que beneficia do cumprimento, dação em cumprimento, consignação ou mesmo da compensação (art. 523.º).

380. *A confusão nas obrigações indivisíveis.* As soluções aplicáveis à *confusão* verificável nas obrigações (plurais) *indivisíveis* são bastante decalcadas, no seu aspecto intrínseco, sobre as adoptadas no domínio das obrigações *solidárias*.

tendo este último sido o único culpado da ocorrência, o lesado continuara a poder exigir do responsável a *totalidade* da indemnização.

(²) Nesse preciso sentido o § 429, II, do Código alemão e o artigo 1143 do Código espanhol. Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 249.

Também no sector da *indivisibilidade* há que distinguir duas hipóteses.

A, B e C devem uma baixela de prata a *D*, que morre, entretanto, deixando *C* como herdeiro universal.

Nesse caso, apesar da *confusão* registada na pessoa de *C*, este ficará com direito a exigir de *A* e *B* a entrega de todas as peças da baixela, desde que entregue aos interpelados o valor da parte que lhe cabia (a ele, *C*) na dívida.

Na hipótese inversa, quando a *confusão* se verifique entre um dos credores e o devedor da obrigação indivisível, remete a lei para o disposto no artigo 865.º, 2.

Sendo *A, B e C* que têm direito a exigir a baixela completa de *D* e tendo sido *D* quem sucedeu a *C*, a solução consagrada na lei é a de manter o direito de *A* e de *B* à entrega da baixela, mas com a obrigação de entregarem a *D* o valor da parte que na baixela competiria a *C*.

381. *Confusão imprópria*. Diferentes da *confusão* são certos casos de reunião na mesma pessoa, por facto superveniente, das qualidades de *garante* e de *sujeito* (activo ou passivo) da obrigação, casos a que alguns autores dão a designação, pouco menos que anodina, de *confusão imprópria* ⁽¹⁾.

Duas dessas situações típicas são expressamente previstas e reguladas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 871.º. A primeira é a de na mesma pessoa se reunirem as qualidades de *devedor* e *fiador* ⁽²⁾: a

⁽¹⁾ A expressão é usada para abranger ainda casos de outro tipo: a sucessão dum devedor solidário na posição dum outro condevedor, a sucessão dum credor solidário na posição de um outro dos concredores, etc. Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 244

⁽²⁾ Distintas da referida no texto são a hipótese de, na dívida afiançada, se dar a *confusão* nas qualidades de credor e devedor principal e a de a *confusão* se verificar nos títulos de credor e de fiador (AMORE, *Confusione nelle obbligazioni*, *Nov. Dig. Ital.*, n.º 15).

Na primeira, a extinção da dívida principal arrasta, como é sabido, a extinção da fiança que é pura dívida acessória (art. 651.º). Na segunda, é pacífico que se extingue a relação de fiança

segunda, a de a reunião compreender os títulos de credor e de dono da coisa hipotecada ou dada em penhor (1).

No primeiro caso, como fica a faltar *uma pessoa* que possa assegurar o cumprimento da prestação devida *por outra*, e não se concebe, em princípio, o desaparecimento da obrigação principal, mantendo-se a dívida acessória, a consequência normal da *confusão* será a extinção da *fiança* (art. 871.º, 3). Há, porém, casos em que, sendo embora anulada a obrigação principal, a fiança mantém a sua validade (art. 632.º, 2).

Quando assim seja, por se verificar alguma das hipóteses previstas neste n.º 2 do artigo 632.º, o credor poderá ter justificado interesse na subsistência da fiança, se o fiador suceder na posição do principal obrigado (art. 871.º, 3, *in fine*) (2).

No segundo caso, a junção das qualidades de credor e de dono da coisa hipotecada ou empenhada terá como efeito normal a extinção da garantia real.

O dono da coisa dera-a, por hipótese, como garantia ao crédito de terceiro. Se este crédito mais tarde lhe vier a ser cedido, a garantia deixa de ter qualquer interesse para ele e, por isso, extinguir-se-á.

Pode, no entanto, suceder que sobre o prédio, objecto da garantia, recaia mais de uma hipoteca, que o crédito cedido ao dono do prédio esteja graduado à frente de outros créditos e que ele tenha, por conseguinte, justificado interesse na manutenção da garantia para poder negociar o crédito, se o quiser fazer, em melhores condições do que o faria sem poder oferecer à contraparte uma hipoteca de igual grau.

Como a manutenção da garantia não prejudica, em tais circunstâncias, nenhuma expectativa *legítima* dos outros credores, o n.º 4 do artigo 871.º não se opõe à pretensão do dono do prédio.

(1) Sobre a hipótese de o devedor adquirir apenas o *usufruto* ou um direito de penhor sobre o crédito, vide VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 245.

(2) Quanto a outras hipóteses de possível subsistência da fiança no legítimo interesse do credor, cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 238.

382. *Cessação da confusão.* A reunião na mesma pessoa das qualidades de devedor e credor da mesma obrigação pode desfazer-se, seja por uma causa anterior à *confusão*, seja por uma causa posterior.

O testamento em que o devedor era chamado à herança do credor veio a ser anulado por erro, dolo ou coacção. Ou, inversamente, a partilha em que ele participou como herdeiro legítimo veio a ser anulada por virtude do aparecimento do testamento, que durante algum tempo foi ignorado ou ilicitamente ocultado.

Sempre que, como nestes casos sucede, a *confusão* se desfaz, por uma causa anterior ao momento em que ela se verificou, e não haja culpa do credor, a cessação da causa extintiva opera retroactivamente e a obrigação renasce com todos os seus acessórios e garantias.

Se, porém, a cessação da *confusão* for imputável ao credor (foi ele, por hipótese, quem extorquiu o testamento por dolo ou coacção), a dívida renascerá ainda, mas já não ressurgirão com ela as garantias que terceiros hajam prestado, salvo se estes, conhecendo o vício na data em que tiveram notícia da *confusão*, não podiam legitimamente contar com a extinção da obrigação.

Se a causa da cessação da *confusão* é posterior ao momento em que esta se verificou (v. gr., por venda da herança ⁽¹⁾), a obrigação extinta não renasce, em princípio. E não renascem sobretudo as garantias prestadas por terceiro.

(1) Cfr. GUILHERME MOREIRA, n.º 96; C. GONÇALVES, *ob.*, vol. e loc. cit.